Münster 1935 No 76 Jur Diss

Der übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund und Entschuldigungsgrund (Nichtzumutbarkeit) im bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. W.

Vorgelegt von
Dietrich Reinicke,
Referendar am Landgericht in Dortmund.

Gedruckt bei Walter Straßburger in Dortmund

Referent: Prof. Dr. Kaser
Correferent: Prof. Dr. Rosenfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 13. Dezember 1934.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meiner Großeltern.

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 9. Auflage, Leipzig 1934.
— Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. 1904.
v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. III, Berlin 1909.
Baumgarten: Der Aufbau der Verbrechenslehre. Tübingen 1913.
Beling: Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl. Tübingen 1930.
— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.
— Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Leipzig 1910.
— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, in Z. 44 S. 220 ff.
Berg: Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht; in Strafr. Abh. Heft 220. Breslau 1927.
Bergenroth: Der übergesetzliche Putativnotstand. Strafr. Abh. Heft 321. Breslau 1933.
Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch 3. Buch: Sachenrecht. Berlin 1914.
Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. I (3. Aufl.) Leipzig 1916. Bd. II—IV, Leipzig 1914—1919.
Dölle: Gutachten in Verhandl. d. 34. Deutschen Juristentages (Köln) S. 98 ff. Bd. I. Berlin und Leipzig 1926.
Graf zu Dohna: Die Elemente des Schuldbegriffs, im Ger. Saal Bd. 65 S. 304 ff.
— Die Rechtswidrigkeit. Halle 1905.
— Recht und Irrtum. Mannheim . . . 1925.
Drost: Das Ermessen des Strafrichters Berlin 1930.
— Die Zumutbarkeit bei vors. Delikten, in Goltd. Arch. 77 S. 175 ff.
Ebermayer: Irrtum im Strafrecht. Leipz. Ztg. Bd. 12 S. 801 ff.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Eckstein: Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit . . . Im BürgArch. 37 S. 390 ff.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 3. Aufl. Marburg 1904. 12. Bearb. Marburg 1928. 13. Bearb. (Nipperdey) Marburg 1931.
Engisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.
Exner: Das Wesen der Fahrlässigkeit. Leipzig 1910.
Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Bd. I Jena 1903.
— Die Idee der Schuld. Leipzig 1911.
Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 14. Aufl. Gießen 1847.
Fischer: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.

Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch. 14. Aufl. 1932.
v. Frank: Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs. In der Festschrift für die Jur. Fakultät in Gießen. Gießen 1907.
— Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.
Freisler: Nationalsozialistisches Strafrecht. Deutsche Justiz. S. 471 ff.
Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen 1922.
Friedrich, Martin: Erfordert die Fahrlässigkeit des § 276 I Satz 2 BGB ein subjektives Verschulden? Diss. Leipzig. Stuttgart 1926.
Fuchs, Irene: Vergleichende Darstellung des straf- und zivilrechtlichen Schuldbegriffs. Diss. Heidelberg 1932.
Gehrhardt, Erwin: Strafrechtliche Notstandshandlung und Ersatzpflicht. Diss. Göttingen 1930.
Gürtner: Zur Erneuerung des deutschen Rechts. Deutsche Justiz . S. 622.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin 1925.
Gettler, Wilh., H.: Schuld und Unrechtsbewußtsein im Strafrecht. Diss. Köln, Würzburg 1932.
Goldschmidt: Der Notstand ein Schuldproblem. Sonderabdruck aus der österr. Ztschr. f. Strafrecht. Jg. 1913, 3. und 4. Heft, Wien 1913
— Empfiehlt es sich . . . In Verhandl. d. 34. Dtsch. Juristentages, Bd II S. 420 ff. Berlin und Leipzig 1927.
— Normativer Schuldbegriff, in Festschrift f. Frank. Bd. I, S. 428 ff. Tübingen 1930.
Grimm, Friedrich: Jugendliches Alter als Schuldausschließungsgrad. Diss. Münster, Essen 1910.
Grotius: De iure belli ac pacis, libri tres. Amsterdam 1642.
Grünhut: Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, in Z. 51 S. 455 ff.
Haelschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, systematisch dargestellt. Bonn 1881—87.
Hartmann: Die Obligation. Erlangen 1875.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts; neu herausg. v. Lasson. 2. Auflage Leipzig 1921.
Hegler: Die Merkmale des Verbrechens, in Z. 36 S. 19 ff. und S. 184 ff.
Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, in strafrechtl. Abh. Heft 211. Breslau 1926.
Henkel: Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München 1932.
v. Hippel: Irrtum im Strafrecht. Leipz. Ztg. Bd. 12 S. 1032 ff.
— Deutsches Strafrecht. I. Bd. Berlin 1925 II. Bd. Berlin 1930.
Hubernagel: Die §§ 52, 54 StGB., ein persönlicher Strafausschließungsgrund. In Ger. Saal Bd. 91, S. 300 ff.
Hueck: Notstand gegenüber einer mitgefährdeten Sache. JJ 68/205 ff.
Hürth, SJ.: Gesetzliche Sterilisation, in Stimmen der Zeit, Bd. 116. Freiburg 1929 S. 360 ff.
— Zum Eingriff in das keimende Leben, in Stimmen der Zeit. Bd. 116 S. 33 ff.
Jacobi: Die Ersatzpflicht des Vermieters . . . JJ 75/81 ff.
Kadecka: Empfiehlt es sich.. In Verhandlung. d. 34. Deutschen Juristentages. Bd. 2 S. 424 ff. S. 459 ff. Berlin und Leipzig 1927.
Kaufmann: Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Tübingen 1931.

Klee: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. In dem von Gürtner 1934 herausgegebenen Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. S. 56 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. 1. Teil. Berlin 1906.
Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1. Teil. Berlin 1903.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, in AzPr. 101/1 ff.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in JJ 57/1 ff (1. Beitrag) und JJ 59/20 ff. (2. Beitrag).
Leonhard: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, in der Festgabe für Enneccerus. Marburg 1913.
Linneborn: Grundriß des Eherechts nach dem Codex Juris canonici. Paderborn 1933.
Liepmann: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
v. Liszt: Die Deliktsobligationen im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899.
— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 10. Aufl. Berlin 1900.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin und . . 1927. 26. Aufl. Berlin 1932.
Lobe: Der Einfluß des Bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht in der Festschrift f. Frank Bd. I. S. 33 ff. Tübingen 1930.
Loening: Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre Bd. I 1903.
Marcetus: Der Gedanke der Zumutbarkeit, in Strafr. Abh. Heft 43, Breslau 1928.
M. E. Mayer: Glossen zur Schuldlehre, in Z. 32 S. 492 ff.
— Rechtsphilosophie. Berlin 1922.
— Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 2. Teil. Heidelberg 1923.
A. Merkel: Von dem Verhältnis des strafbaren Unrechts zum Zivilunrecht, in Krim. Abh. I, S. 1 ff. Leipzig 1867.
— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
P. Merkel: Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in JW. 1924 S. 1677 ff. und JW. 1925 S. 893 ff.
R. Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente. Ger. S. Bd. 89 S. 207 ff.
— Strafrecht. Ein Lehrbuch. 1. Aufl. 1931, 2. Aufl. 1933. München,
Nagler: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in Festschr. f. Frank. Bd. I S. 339 ff. Tübingen 1930.
Nicolai: Die rassengesetzliche Rechtslehre. München 1932.
Nipperdey: Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung. Mannheim, 1921.
Oertmann: Verschuldensfähigkeit, in Leipz. Ztschr. 1924, S. 241 ff.
— Die Vorteilsausgleichung. Berlin 1901.
— Bürgerliches Gesetzbuch. Allgem. Teil. 3. Aufl. Berlin 1927. Recht der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Abt. 5. Aufl. Berlin 1928 und 1929.
Oetker: Ueber Notwehr und Notstand. Leipzig 1903.
— Notwehr und Notstand. In vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgem. Teil Bd. II S. 255 ff.
— Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand. Im Gerichtssaal. Bd. 97 S. 411 ff.

— Zum Urteil des Reichsgerichts vom 8. Mai 1929 gegen R., Entscheidung Bd. 63 S. 615 fg. In Gerichtssaal Bd. 99 S. 156 fg.
— Notwehr und Notstand, in Festschr. f. Frank. Bd. I S. 359 ff. Tübingen 1930.
Pickhard, Emil, Helmuth: Der übergesetzliche Notstand unter besonderer Würdigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts. Diss. Erlangen 1933.
Planck: Kommentar zum BGB. I. Bd. 4. Aufl. 1913. II. Bd, 3, Aufl, 1907, II. Bd. 1. Hälfte, 4. Aufl. 1914. II. Bd, 2, Hälfte, 4, Aufl, Berlin 1928
Denkschrift des Preußischen Justizministers. Nationalsozialistisches Strafrecht. Berlin 1933.
Pufendorff: De iure naturae et gentium, libri octa. Longini scalorum. 1672.
Rabe, Karl: Notstand und Schuldgedanke im Strafrecht. Diss. Breslau 1931.
Rabel: Unmöglichkeit der Leistung. Festschrift für E. J. Bekker, 1907. S. 171 ff.
Radbruch: Geburtshülfe und Strafrecht. Jena 1907.
— Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Festschr. f. Frank. Bd. I, Tübingen 1930. S. 158 ff.
— In Justiz, Bd. 5. S. 125.
Reichel: Gesetz und Richterspruch. Zürich 1915.
— Gutachten in Verhandl. d. 34. Dtsch. Juristentages, Bd. I S. 136 ff. Berlin/Leipzig 1926.
Denkschrift des Reichsjustizministers. Das kommende Strafrecht. Berlin 1934.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Bd. 8. Aufl. II. Bd. 8. Aufl. Berlin/Leipzig 1934.
Rosenfeld: Schuld und Vorwurf im Lisztschen Lehrbuch, in Z. 32/466 ff.
— Franz v. Liszt's Strafrechtsfälle zum akademischen Gebrauch. Herausgegeben von Rosenfeld. 14. Auflage, Jena 1929.
Rümelin: Verschulden im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909.
— Ueber den Rechtswidrigkeitsirrtum. Z. 41, S. 495 ff.
Salomon, Bernhard: Die irrtümliche Annahme des entschuldigenden Notstandes. Diss. Bonn 1931.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.
Schäfer: Die Schuldlehre. Im Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. S. 37 ff.
Schaffstein: Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund.
— Die eugenische Indikation . . . JW 1934 S. 1883 ff.
E. Schmidt: Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, in Z. 49 S. 350 ff.
Schmidt-Sibeth, Max: Der übergesetzliche Notstand in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Rostock. Lippstadt 1932.
Schumacher: Um das Wesen der Strafrechtschuld. Mannheim 1927.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.
— Notstand und Putativnotstand. Tübingen 1931.
Simonson: Der Mignonette-Fall in England, in Z. 5. S. 367 ff.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. (Löwenfeld-Riezler,) 9. Aufl. 1925. II. Bd. 1. Teil (Werner) 9. Aufl, 1930, III, Teil (Kober, Engelmann, Gailer) 1929.

Thierack: Notwehr, Notstand — Rechtfertigungsgründe im neuen Strafrecht. In Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge des allgemeinen deutschen Strafrechts. Berlin 1934, S. 85 ff.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. Leipzig 1910. II. Bd. 2. Hälfte. Leipzig 1918.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.
Wachinger: Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Festschr. f. Frank, Bd. I S. 469 ff. Tübingen 1930.
Warneyer: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd. 5. Aufl. Leipzig 1928.
v. Weber: Das Notstandsproblem und seine Lösung in deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, in Leipzig. rechtswissensch. Studien. Leipzig 1925.
Weiz: Die Arten des Irrtums. Strafrechtl. Abh. Heft 286. Breslau 1931.
Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. Bd. 9. Bearb. Marburg 1932.

Abkürzungen.

ArchbürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ArchivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
DJT. = Verhandlungen des deutschen Juristentages.
Goltd. A. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begr. durch Goltdammer.
GS. = Der Gerichtssaal.
JKV = Mitteilung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.
JJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts.
VDA. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Kapitel. Einleitung. 1

1. Abschnitt. Begriff und Wesen des Notstandes. 1

2. Abschnitt. Der übergesetzliche Notstand. 4

2. Kapitel. Der übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund. 5

1. Abschnitt. Der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund im Strafrecht. 5

1. Voraussetzung für die Aufstellung dieses Rechtfertigungsgrundes. 5
2. Rechtsquelle dieses Rechtfertigungsgrundes. 7
3. Inhalt dieses Rechtfertigungsgrundes. 9
4. Verschiedenheit der Wertvorstellungen trotz äußerlich ähnlicher Sachlage. 11
5. Schwierigkeit der Findung der objektiven Wertvorstellung en. 13

2. Abschnitt. Der übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund im bürgerlichen Recht. 19

1. Einheit und Widerrechtlichkeit im Straf- und Zivilrecht. 19
2. Wirkungen des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes im bürgerlichen Recht. 22

3. Kapitel. Der übergesetzliche Notstand als Entschuldigungsgrund. 30

1. Abschnitt. Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund im Strafrecht 30

1. Voraussetzung für die Aufstellung des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes. 30
2. Rechtsquelle des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes. 32
   a) Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund als wertausfüllungsbedürftiger Satz. 33
   b) Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund als wertausgefüllter Satz. 37

2. Abschnitt. Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund im bürgerlichen Recht. 39

1. Einheit des Schuldbegriffs im Straf- und Zivilrecht. 39
2. Wirkungen des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes im bürgerlichen Recht. 47

4. Kapitel. Der übergesetzliche Putativnotstand. 50

1. Abschnitt. Der übergesetzliche putative Rechtfertigungsgrund. 50

1. Der übergesetzliche putative Rechtfertigungsgrund im Strafrecht 50
2. Der übergesetzliche putative Rechtfertigungsgrund im bürgerlichen Recht. 55

2. Abschnitt. Der übergesetzliche putative Entschuldigungsgrund

1. Im Strafrecht. 56
   a) Irrtum über den Grad der Zumutbarkeit. 56
   b) Irrtum über die Sachlage. 57
2. Der übergesetzliche putative Entschuldigungsgrund im bürgerlichen Recht. 61

3. Abschnitt. Ausnahmefälle. 61

1. Ausnahmefälle beim putativen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund. 61
2. Ausnahmefälle beim putativen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund. 62

Kapitel 1.

Einleitung.

Abschnitt I.

Begriff und Wesen des Notstandes.

Unter Notstand verstehen wir einen Zustand gegenwärtiger Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse, der nur durch den Eingriff in ein rechtlich geschütztes Interesse eines anderen abgewendet werden kann.

Dieser Notstandsbegriff umfaßt, abgesehen von der Notwehr, die wir ganz außer Betracht lassen, zwei verschiedene Fälle[1]). Einmal kann die im Notstand begangene Tat sozial nützlich sein, in den Fällen z. B., in denen das bedrohte Interesse mehr wert ist als das Interesse, in das zur Erhaltung des ersteren eingegriffen wird, und in denen dieser Eingriff dem allgemeinen Empfinden entspricht: hier entfällt die Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung. Die im Notstand begangene Tat kann aber auch sozial schädlich sein, etwa weil in das bei weitem wertvollere Interesse eingegriffen wird, sodaß die die Rechtsgüter schützende Rechtsordnung das Verhalten des Täters nicht für zweckmäßig halten kann. In diesem Falle können aber die Selbsterhaltungstriebe des Täters so stark sein, daß er durch das Verbot des Gesetzgebers nicht motiviert wird, die Handlung zu unterlassen, und man ihm sein Sich-nicht-motivieren-lassen auch nicht zum Vorwurf machen kann: dann fehlt dem Täter die Schuld.

Daß der Notstand diese beiden verschiedenartigen Fälle umfaßt, hat schon Aristoteles erkannt[2]), und hat man auch später gefühlt. Aber man hat hieraus im deutschen Recht nicht die richtigen Konsequenzen gezogen, man hat die Notstandshandlung stets einseitig entweder nur unter objektiven oder nur unter subjektiven Gesichtspunkten betrachtet.

---

1) Liszt-Schmidt 26. § 34 II S. 201 ff.
2) Loening S. 204 ff.

So hat Grotius in seinem zweiten Buche „de iure belli ac pacis“ [3]) ausgeführt, daß in höchster Not die Rechtsordnung selbst aufgehoben sei, daß dann die vor der Begründung von Einzelrechten vorhanden gewesene Gemeinschaft der Güter wieder auflebe, als seien die Güter noch gemeinsam; während Pufendorf in seinem zweiten Buche „de iure naturae et gentium“ [4]) die Straflosigkeit der Notstandshandlung mit der Unwiderstehlichkeit des menschlichen Selbsterhaltungstriebes begründete. Und so hat später z. B. Fichte [5]) die Notstandshandlung für objektiv nicht rechtswidrig angesehen, während z. B. Kant [6a]) und Feuerbach [6]) dem Täter nur unter subjektiven Gesichtspunkten geholfen haben.

Auch heute wird der Doppelcharakter des Notstandes noch nicht immer klar erkannt und richtig gewürdigt.

Die Ansicht, daß der Notstand die oben dargestellten beiden verschieden zu regelnden Fälle umfaßt, daß also einmal, so bei den §§ 228, 904, die Handlung nicht rechtswidrig ist, während in anderen Fällen, so bei den §§ 52, 54 StGB., nur die Schuld des Handelnden entfällt, diese sogen. Differenzierungstheorie ist zwar heute herrschend [7]), besonders nachdem sich ihr das Reichsgericht [8]) angeschlossen hat, sie ist aber nicht unbestritten.

---

3) Kap. 2 (§§ 8 I, 9); v. Bar § 106 S. 232.

4) libr. II c 6 „de iure et favore necessitatis“; v. Bar § 106 S. 232.

5) Ueber ihn v. Bar § 106 S. 235 ff.

6a) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

6) Feuerbach, Lehrb. § 89 ff (91). vgl. weiter Hegel, Grundlagen des Rechts, § 127. Liszt-Schmidt 25 § 34 I S. 190 ff. gibt einen kurzen Ueberblick über die Geschichte des Notstandes. v. Bar III § 103 ff. S. 226 ff. behandelt die Geschichte ausführlich. Die Untersuchungen ergeben, daß die Entwicklung des Notstandes i. e. S. hinter der der Notwehr zurückgeblieben ist:

Weder das römische (trotz 1, 1 D de bonis 48, 21) noch das kanonische Recht (trotz decr. Grat. Dist. I c. 11 de consecratione), weder die deutschen Quellen noch die PGO und auf deren Grundlage die deutschen Gesetze sind über die Aufzählung einzelner Fälle hinausgekommen.

7) Frank § 52 III S. 157; schon Aufbau des Schuldbegriffs (1907, S. 13). Goldschmidt Notstand S. 7—11, Lobe Leipz.Komm. zu § 54; Hegler Z. 36 S. 214; Mezger, Lehrb. (unter Aufgabe des Standpunktes im G. S. 89/311 ff) S. 231, 232, Sauer, Grundlagen S. 324, 325. Dohna Rechtswidrigkeit S. 125 ff. und Recht und Irrtum S. 12 und 13; Siegert 11; E. Schmidt in Z. 49/350 und JKV 1931/137 ff, Wachinger in Festg. f. Frank 483 und JKV 1931/117 ff.; Liszt-Schmidt, Lehrb. 26 S. 201 ff. Bergenroth S. 3 u. a.

Ueber die Differenzierungstheorien beim Notstand in den deutschen. österreichischen und schweizerischen Entwürfen E. Schmidt in JKV 31/136 ff mit Anlagen auf S. 169 ff.

8) RG 61/242 ff; RG 62/13 ff; RG JW 33/1329.

Im Gegensatz zu dieser Differenzierungstheorie nehmen manche[9]) eine andere Differenzierung vor, d. h. sie betrachten den im BGB. geregelten Notstand als Rechtfertigungsgrund, sie nehmen aber an, daß der Notstand des StGB. nicht einen Entschuldigungsgrund, sondern einen persönlichen Strafausschließungsgrund darstelle. Diese Ansicht ist aber unrichtig. Denn abgesehen davon, daß diese Theorie überhaupt nicht erklärt, weshalb der im Notstand des StGB. Handelnde nicht strafbar ist[10]) — insofern also keine Lösung darstellt —, wurzelt „ein persönlicher Strafausschließungsgrund in außerstrafrechtlichen Interessen, die Rücksicht auf drückende Not ist aber ein echt deliktischer und also typisch strafrechtlicher Gesichtspunkt[11]).

Im Gegensatz zu den Differenzierungstheorien behaupten die Vertreter der sogen. Einheitstheorien, man dürfe den einheitlichen Gesichtspunkt des Notstandes nicht zerreißen. Einige[13]) nehmen somit an, der Notstand, also auch der im StGB. geregelte, sei stets Rechtfertigungsgrund, während andere[14]) gerade entgegengesetzt annehmen, der Notstand, also auch der im BGB. geregelte, sei nur Entschuldigungsgrund.

Die oben dargestellte Differenzierungstheorie berücksichtigt am besten die Verschiedenartigkeit der beiden Fälle, die unter den Begriff des Notstandes fallen. Sie schließt, je nachdem, die Widerrechtlichkeit oder die Schuld aus und ist darum den Einheitsichkeitltheorien vorzuziehen, die stets nur entweder die Rechtswidrigkeit der Handlung oder die Schuld des Täters ausschließen[15]). Die Differenzierungstheorie wird deshalb den folgenden Untersuchungen zu Grunde gelegt.

---

9) Finger I 421, 428; Würzburger 58; Hubernagel G. S. 91/300 ff u. a. Ueber weitere Differenzierungstheorien s. Siegert 15 ff.

10) Frank § 52 III.

11) Goldschmidt, Notstand 8.

13) Oetker in Festgabe für Frank I S. 376 f; Hippel Z. 42/419; Kohler I S. 223; Binding, Hdb. I S. 756; Allfeld § 26 I S. 128 ff u. a. Vielfach werden bei dieser Einheitlichkeitstheorie aber doch Unterschiede gemacht, indem der Notstand einmal als Notrecht behandelt wird (§§ 904, 228), während er sonst (§§ 52, 54 StBG) die Handlung nur zur unverbotenen macht. Diese Unterschiede deuten schon auf eine Differenzierungstheorie hin. S. bes. Fischer DJT 34 II/504 und Kohler, Lehrbuch I, 224, 225.

14) M. E. Mayer 304 ff. In den §§ 228, 904 sei die subjektive Widerrechtlichkeit gemeint. Dieses gehe besonders daraus hervor, daß an eine rechtmäßige Handlung niemals eine Schadensersatzpflicht geknüpft werden könne. Dies wäre aber zu beweisen.

15) Es handelt sich zum großen Teil um Zweckmäßigkeitserwägungen. Logisch möglich ist z. B. auch die Einheitlichkeitstheorie von v. Hippel. Unsere Differenzierungstheorie setzt Rechtswidrigkeit und Schuld als verschiedene Begriffe voraus. Daß Rechtswidrigkeit und Schuld nun in Wirklichkeit nicht zusammenfallen, sondern zu trennen sind, derart, daß die Rechtswidrigkeit das Werturteil über die Tat, die Schuld das Werturteil über den Täter darstellt, ist auch nicht zu beweisen, stellt vielmehr auch eine Zweckmäßigkeitsfrage dar. Mezger GS. 89 S. 239 ff (241).

Abschnitt II.

Der übergesetzliche Notstand.

Im BGB. ist der Notstand in den §§ 228 und 904, im StGB. vor allem in den §§ 52 und 54 geregelt. Auch sonst finden sich in Gesetzen noch Notstands- und notstandsähnliche Vorschriften, so z. B. in den §§ 700 ff. HGB, im § 17 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reiches, im § 9 der Strandungsordnung, im § 130 des Militär-Strafgesetzbuches und im § 67 II des Personenstandsgesetzes.

Alle diese Vorschriften sind zu eng gefaßt: sie haben nicht ausgereicht, um den Erfordernissen des Lebens gerecht zu werden. Es gibt Fälle, in denen der Notstandstäter in ein Interesse eingreift, in der Art, daß sein Verhalten sozial nützlich ist, ohne daß aber die den Notstand regelnden Bestimmungen sein Handeln der Rechtswidrigkeit entkleiden und ihn von den Folgen seines Handelns — Schadensersatz und Strafe — befreien.

Und ebenso gibt es Fälle, in denen zwar der im Notstand Handelnde nicht die Billigung des Gesetzgebers finden kann, da seine Handlung sozial schädlich ist, bei denen aber die Selbsterhaltungstriebe des Täters derart stark sind, daß eine andere Motivierung (zwar zu wünschen aber) nicht zu fordern ist, ohne daß aber das Gesetz ausdrücklich erklärt, daß die Nichtmotivierung als nichtpflichtwidrig anzusehen ist, obwohl eine solche Bestimmung den Vorstellungen entspräche, die den Gesetzgeber zur Schaffung der §§ 52, 54 StGB. bewogen haben.

Aus dieser Erkenntnis heraus führte die Strafrechtsliteratur und -Rechtsprechung sogen. „übergesetzliche Notstände“ [16]) ein, d. h. sie schuf, dem Doppelcharakter des Notstandes entsprechend, einen übergesetzlichen Notstand als Rechtfertigungsgrund und einen übergesetzlichen Notstand als Entschuldigungsgrund.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, einmal Begriff und Umfang dieser übergesetzlichen Notstände darzulegen, vor allem aber, weil dies bisher noch nicht untersucht ist, zu prüfen, ob diese im Strafrecht aufgestellten Begriffe auch im bürgerlichen Recht Anwendung finden und welche Wirkung sie dort haben.

---

16) Wir gebrauchen diesen Ausdruck also sowohl für den Notstand als Rechtfertigungsgrund als auch für den Notstand als Entschuldigungsgrund. Liszt-Schmidt 26 § 34 II, 2 b S. 202 u.

Kapitel 2.

Der übergesetzliche Notstand als Rechtfertigungsgrund.

Abschnitt 1.

Im Strafrecht.

1. Voraussetzung für die Aufstellung dieses Begriffes.

Voraussetzung für die Aufstellung dieses Begriffes ist das Bedürfnis danach. Daß diese Voraussetzung gegeben ist, soll an einigen Beispielen gezeigt werden:

Ein an einer wichtigen Straßenkreuzung tätiger Verkehrspolizist mußte einer Diensthandlung wegen seinen Posten ververlassen. Der dort aufgestellte eiserne Verkehrsregler wurde infolgedessen nicht mehr bedient, und der dort recht lebhafte Verkehr geriet ins Stocken. Ein Schüler kam hinzu und gab mit dem Signalapparat die erforderlichen Zeichen, so daß sich der Verkehr reibungslos abwickelte[1]).

Der Schüler hat hier den Tatbestand des § 132 StGB. erfüllt, d. h. er hat sich objektiv einer Amtsanmaßung schuldig gemacht. Irgend ein geschriebener Rechtfertigungsgrund liegt nicht vor, so daß die Tat, eben abgesehen von einem übergesetzlichen Notstand, rechtswidrig wäre und der Schüler bei Vorliegen der Schuld bestraft werden müßte.

Einen anderen Fall hat Engisch[2]) auf der Essener Tagung der Internationalen Kriminalistenvereinigung vorgetragen:

Ein Weichensteller stellt, um einen drohenden Zusammenstoß zu verhindern, die Weiche so, daß der Zug auf ein Nebengleis fährt. Er weiß zwar, daß auch hier ein Zusammenstoß erfolgt, da auf dem Nebengleis Güterwagen stehen, aber der Zusammenstoß wird lange nicht so heftig sein, als wenn beide Züge auf dem Hauptgleis zusammenstoßen würden. Er sieht voraus, daß dann, wenn der Zug auf das Nebengeleise fährt, auch Menschen verletzt werden.

Hier wäre ebenfalls die Handlung des Weichenstellers ohne das Vorliegen eines übergesetzlichen Notstandes rechtswidrig. Er würde also wegen Körperverletzung oder gar Tötung bestraft werden müssen, da auch die subjektiven Vortussetzungen erfüllt sind.

Den klassischen Fall des übergesetzlichen Notstandes bildet die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indika-

1) Siegert S. 28 Anm. 5; Bergenroth S. 31.
2) Engisch JKV 1931/187.

tion. Hier ist die Situation die folgende: wenn der Arzt nicht handelt, stirbt die Mutter, während das keimende Leben sich zu einem Menschen entwickelt; unterbricht aber der Arzt die Schwangerschaft, so bleibt die Mutter auf Kosten der Leibesfrucht am Leben. Handelt der Arzt hier, so hat er objektiv den Tatbestand des § 218 StGB. erfüllt. Er würde, wenn irgend ein Rechtfertigungsgrund nicht vorliegen sollte, auch rechtswidrig handeln, — und ein solcher Rechtfertigungsgrund liegt, wieder abgesehen von dem übergesetzlichen Notstand, dessen Notwendigkeit gerade nachzuweisen ist, nicht vor: ein etwaiges Gewohnheitsrecht[3]) oder ärztliches Berufsrecht[3]), das die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation dem Arzt gestattet, ist nicht vorhanden. Auch die Einwilligung[3]) der Mutter macht die Abtreibung nicht zu einer rechtmäßigen, da die Mutter nicht über ihre Leibesfrucht verfügen kann (dies geht schon aus § 218 StGB hervor) und nur die Einwilligung des über das betreffende Gut Verfügungsberechtigten die Verletzung dieses Gutes aus dem Gesichtspunkt des mangelnden Interesses rechtfertigen kann.

Der die Schwangerschaft unterbrechende Arzt würde also, da andere Rechtfertigungsgründe offensichtlich nicht zu finden sind, rechtswidrig handeln, und man könnte nur versuchen, ihn zu entschuldigen, ein Versuch, der aber auf sehr große Schwierigkeiten stoßen würde, wenn er überhaupt zum Ziele führte, denn der Notstand des § 54 StGB. würde ihm nur dann helfen, wenn die Schwangere seine Angehörige wäre. Abgesehen davon will der Arzt seine Handlung nicht nur entschuldigt, sondern auch gerechtfertigt wissen.

Diese Fäll zeigen, daß das Bedürfnis nach einem übergesetzlichen Notstand als Rechtfertigungsgrund vorhanden ist, d. h. die Forderung, daß die ohne sein Vorliegen rechtswidrige Handlung ausnahmsweise der Rechtswidrigkeit entkleidet werden soll.

Denn der einen Tatbestand des Strafgesetzbuchs erfüllende Mensch handelt rechtswidrig, weil der Gesetzgeber die betreffende Handlung verboten hat, und zwar hat er sie eben dadurch verboten, daß er an diese Handlung die schärfste Unrechtsfolge, die Strafe, geknüpft hat; er bringt mit der Strafdrohung zum Ausdruck: „Ich verbiete und bedrohe mit Strafe“ [4]).

---

3) vgl. vor allem Wachinger JKV 1931/123.

4) Bestritten. So Frank S. 1 mit Literatur über diese Streitfrage. Wir fassen also den Tatbestand als ratio essendi (nicht nur als ratio cognoscendi) der Rechtswidrigkeit auf. Trotzdem können wir die Rechtswidrigkeit als formelle (Verstoß gegen die Rechtsordnung) und als materielle (Interessenschädigung) betrachten. Wir müssen aber beachten, daß es sich hier nicht um zwei voneinander verschiedene Rechtswidrigkeiten handelt, sondern um ein und dieselbe, die lediglich unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet wird.

Da somit das Verbot der strafbaren Handlung und die Rechtswidrigkeitserklärung auf einem Rechtssatz beruhen, muß der Rechtfertigungsgrund, der eine objektiv unter einen Tatbestand fallende Handlung zu einer nicht rechtswidrigen macht, also eine Ausnahme von dem Verbot darstellt, ebenfalls auf einem solchen Rechtssatz beruhen[5]).

2. Rechtsquelle des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes.

Der den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund gewährende Rechtssatz ist, wie schon aus seinem Namen hervorgeht, über- und also auch außergesetzlich, er ist somit weder im Gesetz ausdrücklich normiert noch durch Auslegung aus ihm zu gewinnen.

Wir können diesen Rechtssatz auch nicht etwa durch Gesetzesanalogie erlangen; denn eine Analogie zu den §§ 228, 904 BGB. kommt nicht in Betracht[6]), da diese Vorschriften nur Sacheingriffe gestatten und ein Eingriff in Leib und Leben von Menschen etwas davon durchaus Verschiedenes darstellt.

Der Gesetzgeber hat den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund nicht geregelt, so daß sich hier eine (durch Analogie nicht zu schließende) Lücke[7]) im Gesetz befindet, und zwar eine Lücke, die dadurch entstanden ist, daß der Gesetzgeber etwas zu allgemein geregelt hat, ohne die Ausnahme gesetzlich normiert zu haben[8]).

---

5) Frank IV. Abschn. III S. 139 u.

6) Zwar gefährdet die Leibesfrucht durch ihr Dasein in den Fällen der medizinischen Indikation das Leben oder die Gesundheit der Mutter. Die Mutter würde also, wenn sie ihr Kind abtreiben ließ, eine durch die Leibesfrucht drohende Gefahr von sich abwenden. In der Abwendung der Gefahr liegt also die Aehnlichkeit mit dem Tatbestand des § 228, die Allfeld § 26 XIV Text und Anm. 39 und Hippel II S. 229/30 dazu veranlaßt haben, diese Vorschrift auf unsere Fälle anzuwenden.

Diese analoge Anwendung ist aber abzulehnen, da § 228 nur einen Eingriff in Sachen erlaubt, die „Tötung" eines werdenden Menschen aber etwas ganz anderes darstellt.

Aus demselben Grund ist auch § 904 nicht zur Lösung dieser Fälle heranzuziehen, wie dies wohl Grünhut Z. 51, 458 vorschlägt.

Man könnte dann noch eher mit einer analogen Anwendung der Notwehrvorschriften arbeiten, wie dies von Theologen versucht wird. Darüber Wachinger JKV 31/132, dagegen aber die casti conubii (abgedr. in der authentischen deutschen Uebersetzung bei Linneborn S. 3 ff.). Denn die Leibesfrucht ist eher ein Mensch als eine Sache. Aber die Anwendung der Notwehrvorschriften ist verfehlt, da die Leibesfrucht die Mutter nicht angreift.

7) Auch die Gesetzesanalogie setzt eine Lücke im Gesetz voraus. Wir haben diesen Fall aber aus Zweckmäßigkeitsgründen vorweggenommen.

8) Reichel S. 96 mit einem Hinweis auf Aristoteles (Nikomachische Ethik V, 14), E. Schmidt Z. 49, S. 355.

Daß das Gesetz nicht alle Fälle erschöpfend behandelt, daß es vielmehr Lücken läßt, ist heute allgemein anerkannt[9]). Es fragt sich nur, wie wir diese Lücken ausfüllen, d. h. woher wir in unserem Fall den einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund gewährenden Rechtssatz gewinnen, den Gesetz und Gewohnheitsrecht nicht kennen.

Es ist bestritten, ob wir bei Prägung des durch Lückenausfüllung zu bildenden Rechtssatzes noch auf den Boden des positiven Rechts stehen oder nicht — wobei wir dieses positive Recht als geltende Rechtsordnung von dem „an der Idee der Gerechtigkeit orientierten idealen Recht“ [10]), von dem es verschieden sein kann, trennn müssen.

Verstehen wir unter positivem Recht lediglich Gesetz und Gewohnheitsrecht — eine andere Auffassung hält z. B. E. Schmidt[11]) in betontem Gegensatz zu Nagler[12]) nicht für möglich —, dann handelt es sich bei der Bildung des übergesetzlichen Notstandes um eine metajuristische Tätigkeit. Verstehen wir aber mit Beling[13]) unter dem positiven Recht neben Lex und Consuetudo noch den „Komplex der bei der führenden Schicht des betreffenden Menschenverbandes empirisch bestehenden, den Gegebenheiten des sozialen Lebens zugewandten und als maßgeblich geltenden Wertvorstellungen“, dann stehen wir bei der Findung des übergesetzlichen Notstandes noch auf dem Boden des positiven Rechts, da dieses, im Gegensatz zum Gesetz, lückenlos[14]) ist.

In der theoretischen Fundierung des übergesetzlichen Notstandes besteht also ein Unterschied, je nachdem, was wir zur geltenden Rechtsordnung rechnen. „Im praktischen Ergebnis trifft jedoch diese Lehre (Belings) zusammen mit der Kultur-

---

9) Vgl. insbes. Beschluß der Vereinigt. Strafsenate in JW 1934 S. 2049 ff., die dort u. a. die Frage der Stellung des Richters zum Gesetz behandeln. Weiter besonders Reichel 92 ff. u. E. Schmidt in Z 49 S. 355 ff. „Diese Einsicht ist übrigens keine Errungenschaft der letzten Zeit“ so Reichel (1915) 95. Auf dem Boden der Lückentheorie stehen z. B. auch folgende Gesetze: das österr. A BGB (vgl. § 7), das Allgem. Landrecht (vgl. §§ 49, 50 d. Einl.), das italienische Zivilgesetzbuch von 1865 (vgl. Art. 3 Abs. 2 der Einl. Bestimmung). Vgl. auch § 69 des Preußischen Erbhofgesetzes; § 56 des Reichserbhofgesetzes und vor allem Art. 1 des Schweizer ZGB.

10) Wachinger JKV. 1931 S. 104.

11) JKV. 1931/132.

12) Festschr. f. Frank Bd. I/345.

13) Z. 44/220 ff (221), dem Wachinger JKV 1931/105 ff und wohl auch RG 61/242 ff. sich anschließen.

14) Reichel 108. Unklar Siegert 3. Er betrachtet diese Wertvorstellungen auch als dritte Rechtsquelle, redet trotzdem aber von Lücken des positiven Rechts (nicht etwa des Gesetzes).

normentheorie M. E. Mayers und mit der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, insbesondere auch mit dem, was E. Schmidt (Z. 49/350 ff.) ausgeführt hat über das Recht und die Pflicht des Richters, bei der Lückenausfüllung die herrschenden Kulturanschauungen, die in den staatlichen Einrichtungen hervortretenden Wertungen, die Lebensgewohnheiten, Verkehrsgepflogenheiten, Zeitströmungen, sittlichen Anschauungen und Kulturideale seiner Zeit und seines Volkes zu berücksichtigen[15]).

Da die Ansichten sich also praktisch nicht unterscheiden, nehmen wir nicht weiter Stellung zu ihnen[16]), begnügen uns vielmehr mit der Feststellung, daß wir bei der Bildung des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes auf die Volksüberzeugung[17]) zurückgreifen müssen, die heute besonders in den nationalsozialistischen Wertvorstellungen ihren Niederschlag findet.

3. Inhalt des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes.

Es ist allgemein anerkannt, daß auf Grund dieses Rechtsbewußtseins ein übergesetzlicher Notstand besteht. Sein Inhalt und Umfang ist jedoch im einzelnen bestritten. Dieser Streit ist aber nicht mehr von großer Bedeutung, da sich die beiden einander gegenüberstehenden Ansichten, wie die Vorträge von Wachinger und E. Schmidt auf der Tagung der JKV. 1931 [18]) gezeigt haben, einander sehr genähert haben[19]).

Die Vertreter der einen Theorie behaupten, ein Mensch handele dann trotz objektiver Erfüllung eines Tatbestandes nicht rechtswidrig, wenn er durch sein Tun ein höherwertiges Rechtsgut gerettet habe, als er durch die Erfüllung des Tatbestandes verletzt habe. Denn rechtswidrig sei ein Handeln deshalb, weil es berechtigte Interessen, sei es eines einzelnen Menschen, sei

---

15) Wachinger JKV 1931/106.

16) Dohna Recht und Irrtum S. 5. „Was sollen wir um Worte streiten, wo in der Sache volle Einigung besteht?" — Wir halten die Lehre Belings für die beste.

Wir lassen dahingestellt, ob das Rechtsbewußtsein nur neben Gesetz und Gewohnheitsrecht oder ob es in Wirklichkeit sogar die einzige Rechts-Quelle ist, derart, daß Gesetz (und Gewohnheitsrecht) nur dann Recht ist, wenn es diesem Rechtsbewußtsein nicht widerspricht, so daß also das Gesetz nur das in bestimmte Form gebrachte, „organisierte" Rechtsbewußtsein ist, vgl. Drost (Ermessen) S. 1 ff m. Literaturangaben. Letztere (m. E. richtige) Ansicht wird heute stark betont: Gürtner S. 622; Freisler S. 471 ff (474); Siegert (Grdz.) S. 16 ff: oberste Rechtsquelle ist der Geist des Volkes (S. 16).

17) so im Anschluß an Beling: Wachinger JKV 31/105.

18) Wachinger S. 103 ff. E. Schmidt S. 131 ff.

19) Wachinger JKV 131 S. 113; Grünhut Z. 51/461 ff; Siegert S. 25; Bergenroth S. 27 ff.

es der Gesamtheit, verletze. Denn das Recht, das für die Menschen da sei, habe den Zweck, möglichst viele als berechtigt anerkannte Interessen zu schützen, es erstrebe „das kompossibelste Maximum der Interessenbefriedigung im sozialen Zusammenleben“ [21]). Wenn nun der Täter die betreffende Tat ausführe und dadurch ein höherwertiges Gut rette, so habe die Rechtsordnung ihm zu danken, denn er habe ihr geholfen, ihren Zweck zu erfüllen, von einer negativen Bewertung der Handlung könne keine Rede mehr sein.

Diese Ansicht, die sogen. Güterabwägungstheorie, läßt sich aber, wie E. Schmidt[22]) überzeugend dargetan hat und wie im einzelnen noch später zu zeigen ist, allein, ohne Hinzunahme eines noch umfassenderen Prinzips nicht durchführen[23]). Sie kann vielmehr nur im Rahmen des allgemeinen Grundsatzes Verwendung finden, daß derjenige Mensch trotz Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes nicht rechtswidrig handelt, dessen Tun ein angemessenes Mittel zum staatlich anerkannten Zweck darstellt (Zwecktheorie)[24]), und zwar kann der Gedanke der Güterabwägung zur Ausfüllung dieses formalen, also ausfüllungsbedürftigen Grundsatzes in der Art mitwirken, daß er häufig bestimmt, welches Mittel angemessen ist. Denn der Grundsatz der Zwecktheorie muß ausgefüllt werden und zwar mit dem, was „die tonangebende Schicht des Volkes für richtig hält nach Mittel und Zweck“ [25]). Es kommt also bei der wichtigen Frage der Anwendung des an und für sich leeren Grundsatzes auf den einzelnen Fall nicht auf das an, was einzelne, vielleicht geistig und moralisch sehr hochstehende Menschen für richtig halten; es kommt auch nicht darauf an, was der den Fall entscheidende Richter subjektiv für richtig nach Mittel und Zweck hält, sondern auf das, was objektiv „den im Volke für die Gegebenheiten des sozialen Lebens vorhandenen Wertungsvorstellungen entspricht“ [25]).

Der Richter muß, um diese Wertvorstellungen bei Entscheidung eines Falles im einzelnen erkennen zu können, auf die „erlebte Kultur“ [26]) zurückgreifen.

---

20) Besonders Mezger, Lehrb. § 32 S. 239 ff.

21) Mezger GS 89/249.

22) E. Schmidt Z. 49/368 ff.

23) Im einzelnen soll dies nicht dargetan werden, da die Ansichten, wie schon hervorgehoben wurde, sich sehr genähert haben.

24) Vertreter der Zwecktheorie ist vor allem Graf zu Dohna, z. B. in Recht und Irrtum S. 1 ff Ueber die keineswegs ganz ablehnende Stellung des RG zu dieser Theorie vgl. die Ausführungen E. Schmidts in Z. 49/377, 378 und Wachingers in JKV 31/108 ff. (111, 112).

25) Beling Z. 44/220 ff. (221).

26) E. Schmidt in Z. 49/375 im Anschluß an M. E. Mayer, Rechtsphilosophie S. 71.

4. Verschiedenheit der Wertvorstellungen trotz ähnlicher Sachlage.

Wie verschieden sich nun die Wertungen auch bei äußerlich ähnlich liegenden Fällen auswirken, soll hier an den Fällen der medizinischen, sozialen und eugenischen Schwangerschaftsunterbrechung dargestellt werden.

Es war bisher und ist auch heute anerkannt[27]), daß der Arzt, der mit Einwilligung der Mutter[28]) eine Schwangerschaft aus medizinischer Indikation unterbricht, ein staatlich anerkanntes Ziel mit angemessenen Mitteln erfüllt, da uns das Leben der Mutter schon nach den im Gesetz vorhandenen Wertungen[29]) wertvoller erscheint als das der Leibesfrucht.

Eine Schwangerschaftsunterbrechung aus sozialen oder eugenischen Gründen ist jedoch bisher nicht anerkannt, wenn sich auch viele Stimmen, so z. B. die JKV. 1933[30]), für ihre Zulas-

---

27) RG 61/242 ff. Klee S. 64. Zu den anderen Indikationen nimmt der Bericht (über den allgem. Teil) der amtl. Kommission keine Stellung.

28) Die Notwendigkeit der Einwilligung der Mutter zur Rechtmäßigkeitserklärung der medizinisch angezeigten Schwangerschaftsunterbrechung läßt sich übrigens nicht aus der Güterabwägungstheorie erklären; denn das Leben der Mutter gilt als wertvoller als das der Leibesfrucht, ob nun die Mutter einwilligt oder nicht; ist auch nicht, wie immer versucht wird, damit zu erklären, daß der Fall der Abtreibung einen Sonderfall darstelle insofern, als die Schwangerschaftsunterbrechung gleichzeitig einen Eingriff in die Integrität des Mutterleibes enthalte; denn selbst bei Berücksichtigung dieses Grundes könnte, was allgemein übersehen wird, der dennoch handelnde Arzt wohl wegen Körperverletzung, aber niemals wegen Abtreibung bestraft werden.

Ebensowenig kann die Güterabwägungstheorie erklären, warum der betreffende Eingriff dann rechtmäßig ist, wenn er von einem Arzt, aber nicht, wenn er von einem Laien vorgenommen wird, auch dann nicht, wenn dieser den Eingriff derart sachgemäß ausgeübt hat, daß es kein Arzt hätte besser tun können. Diese beiden Bestimmungen sind aber vereinbar mit der Zwecktheorie: denn nach den herrschenden Wertvorstellungen erscheint eine Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinishen Indikation nur dann als angemessen, wenn die Mutter, die zu ihrem Kinde in besonders engen Beziehungen steht, eingewilligt und die Operation von einem Arzt ausgeführt wird. Letzteres wird allgemein (E. Schmidt in JKV 31/156) bestritten. Richtig Schaffstein in JW 1934/1883 ff.

29) Diese lassen sich aus dem Strafmaß erkennen, §§ 211 ff., §§ 218 ff. StGB. Daß das Strafmaß aber nicht etwa stets erkennen läßt, welches Rechtsgut im Einzelfall wertvoller ist, ist in der Literatur allgemein anerkannt.

30) JKV 33/Abstimmung II 2: nach dem Stande der medizinischen und erbbiologischen Wissenschaft ist die Unterbrechung der Schwangerschaft aus eugenischen Gründen in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen gesetzlich zuzulassen. 3: Die Unterbrechung der Schwangerschaft aus sozialen Gründen ist gesetzlich zugelassen, wenn die Mutter oder das Kind wirtschaftlichem Elend ausgesetzt sein würden. (Mit 31 gegen 21 Stimmen angenommen.)

sung de lege ferenda eingesetzt haben. Während aber die sozial angezeigte Unterbrechung auch heute keinswegs den herrschenden Wertvorstellungen entspricht,[30a]), ist dies bei der eugenischen Indikation neuerdings durch die Betonung der Bedeutung der Rasse zweifelhaft geworden. Für ihre Zulässigkeit de lege lata hat sich Schaffstein[30b]) (JW. 1934/1883 ff.) eingesetzt, insbesondere mit der Begründung, daß, wenn wir eine Frau ohne ihren Willen sterilisieren dürfen, wir ihr erst recht mit ihrem Willen[31]) das Kind wegnehmen dürfen, da eine Schwangerschaftsunterbrechung geringer in das Schicksal einer Frau eingreife als die Sterilisation[32]).

Schaffstein berücksichtigt somit das Interesse der Mutter (Einwilligung), aber nicht das Interesse der Leibesfrucht. Dem Einwand, daß im Gegensatz zur Sterilisierung bereits ein keimendes Leben entstanden sei, begegnet er mit dem Hinweis auf dessen rassische Minderwertigkeit. Aber auch die kranke Leibesfrucht hat ein Anrecht, ein Mensch zu werden, genau so wie der kranke Mensch das „Recht" hat, Mensch zu bleiben, d. h. so wie wir heute Menschen mit oder ohne ihren Willen nicht töten dürfen[33]), genau so dürfen wir eine Leibesfrucht nicht abtreiben[33a]). Es besteht zwar zwischen diesen beiden Fällen (Vernichtung eines Menschen oder einer Leibesfrucht) ein Gradesunterschied. Aber dieser berechtigt uns nicht zu einer unterschiedlichen Behandlung.

Man hat eingewendet, man handle gerade im Interesse einer Leibesfrucht[34]), wenn man die Schwangerschaft unterbreche. Aber dieser Einwand ist unrichtig. Denn selbst, wenn die Sicherheit bestünde, daß die Krankheit an dem Kinde ausbräche, was aber keineswegs der Fall ist, hat die Frucht nicht nur das Recht, sondern auch die „Pflicht", Mensch zu werden,

---

De lege lata ist die Schwangerschaftsunterbrechung aus sozialen Gründen nicht anerkannt worden. Das Zitat Schaffsteins in JW 1934/1883 Anm. 1, wonach dies der Fall gewesen sei, ist unrichtig. Es handelte sich dort (Cahn JKV 1933/106) um Sterilisation, nicht um Abtreibung.

30a) Vgl. zum Beispiel die Denkschrift des Pr. Justizministers S. 65.

30b) Auch Siegert (Grdz) S. 102: . . . „Die eugenische Indikation muß in den Grenzen des Sterelisierungsgesetzes möglich sein." Er begründet baer seine Ansicht nicht.

31) Die Einwilligung der Mutter hält Schaffstein wegen der schweren Operation für erforderlich.

32) vgl. Maier (Direktor d. Psychiatrischen Universitätsklinik in Zürich) JKV 1933/45.

33) Für die gegenteilige Ansicht haben sich Binding und Hoche in ihrer

33a) Trotzdem dürfen wir einen Menschen sterilisieren. Denn es macht einen Unterschied, ob wir verhindern, daß ein (kranker) Mensch entsteht, oder ob wir einen werdenden oder gewordenen Menschen töten.
Schrift: „Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerter Leben" eingesetzt. Hierüber Ebermayer: 50 Jahre Dienst am Recht S. 109 ff.

34) Rüdin JKV 33/60.

genau so wie der kranke Mensch die „Pflicht" hat, weiter zu leben. Zwar kann die Frucht diese Pflicht nicht selbständig erfüllen, aber das Bestehen der Pflicht hindert uns, mit Recht zu behaupten, wir handelten im Interesse der Frucht, wenn wir sie zerstören.

Weiter spricht gegen die Annahme der Rechtmäßigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung aus eugenischer Indekation einmal, daß in den meisten Fällen das Bestehen der Erbkrankheit bei der Mutter[35]) nicht so sorgfältig geprüft werden kann, wie dies bei der Sterilisation der Fall ist[36]), und dann der rechtspolitische Gedanke, daß, wenn die Schwangerschaftsunterbrechung neben der medizinischen auch bei der eugenischen Indikation erlaubt ist, die Unterbrechung im Volke für eine ungefährliche Operation gehalten wird, der sich dann noch mehr Frauen als ohnehin auch ohne Vorliegen der medizinischen oder eugenischen Voraussetzungen unterziehen würden.

Auf der anderen Seite steht zwar das Interesse des Staates an der Pflege der Rasse. Aber für dieses Interesse ist durch die Möglichkeit hinlänglich gesorgt, den sich aus der Frucht entwickelnden Menschen, wenn die Krankheit an ihm ausbricht, zu sterilisieren. Wir lehnen somit eine Sterilisation aus eugenischen Gründen de lege lata[37]) ab.

5. Schwierigkeit der Findung der objektiven Wertvorstellungen.

Wir haben somit gesehen, daß die Wertungen bei äußerlich ähnlich liegenden Fällen ganz verschieden ausfallen können. Die Frage, wann eine Handlung den herrschenden Wertvorstellungen entspricht, ist im Einzelfall überhaupt sehr schwer festzustellen. So ist z. B. die Frage sehr umstritten, ob der in einer Gefahrgemeinschaft des Notstands Befindliche — von einer solchen Gefahrgemeinschaft im Notstande wollen wir dann

---

35) Daß die Krankheit — es kommen natürlich nur die im § 1 des Gesetzes vom 14. 7. 33 aufgezählten in Betracht — bei der Mutter ausgebrochen sein muß, hält auch Schaffstein für erforderlich.

36) Auch die von Schaffstein S. 1885 vorgeschlagenen Vorsichtsmaßregeln reichen nicht immer aus.

37) Ueber die Zulassung de lege ferenda: Rüdin (Leiter der demographischen genealogischen Abteilung der deutschen Forschungsanstalt für Psychiatrie in München) JKV 33/60. Maier JKV 33/48. Denkschrift des Pr.-Justizministeriums (befürwortend). Thierick S. 88 in der Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht (einengend).

sprechen, wenn sich mehrere Rechtsgüter verschiedener Personen derart in einer gemeinsamen Gefahr befinden, daß sie alle untergehen müßten, wenn nicht das eine auf Kosten des anderen gerettet würde[38]) — ob sich also der in einer solchen Gefahrgemeinschaft Befindliche richtig nach Mittel und Zweck verhält, wenn er sein Rechtsgut auf Kosten des anderen rettet. Hierhin gehört der Schulfall von den beiden Bergsteigern[39]), von denen der eine abgestürzt ist, jedoch mit dem anderen durch ein Seil verbunden ist, und nun der eine Bergsteiger, da er seinen Begleiter nicht länger halten kann, das Seil zerschneidet, um jedenfalls sein Leben zu retten. Hierhin gehört sodann der bekannte Fall[39])[40]), daß die schiffbrüchige Mannschaft, die seit Tagen ohne Nahrung auf hoher See umhertreibt, dem Durst- und Hungertode nahe, den Schiffsjungen tötet, um sich von seinem Blut und Fleisch zu nähren, wo also die ganze Mannschaft (vier Leben) Hungers gestorben wäre, wenn sie sich nicht auf Kosten des einen Lebens gerettet hätte. Weiter gehören hierhin die Fälle[41]), daß zwei Schiffbrüchige sich auf eine Planke gerettet haben, die nur einen von ihnen tragen kann, und deshalb der eine Schiffbrüchige den anderen hinunterwirft[42]); daß die Insassen eines Schlittens[43]) von Wölfen verfolgt werden und sie sich nur dadurch retten können, daß sie einen von ihnen den Wölfen vorwerfen; daß zwei Bergsteiger[44]) sich auf einem schmalen Alpenpfad begegnen, wo weder ein Ausweichen noch ein Umkehren möglich ist und der eine Bergsteiger dann, damit jedenfalls nicht beide stürben, den anderen von dem Pfad in die Tiefe stürzt, usw.

Daß in all diesen Fällen der den Tatbestand der Tötung objektiv erfüllende Täter nicht bestraft werden kann, weil ihm

---

38) Henkel S. 90. Wir lassen also die Fälle unberücksichtigt wo die Rechtsgüter auf andere Weise möglicherweise noch gerettet werden können. Ueber die Gefahrgemeinschaft vgl. außer Henkel bes. v. Weber 26 ff, v. Bar 263 ff; Hueck in JJ 68/205 ff; und Oetker in VDA II/330, 351 ff.

39) Goldschmidt DJT 34/II, 433; v. Weber 26 ff; usw.

40) Mignonette-Fall; über ihn Simonson Z. 5 S. 367 ff.

41) Henkel 90, 91.

42) Cicero de off. III. c. 23: nach ihm soll der am Leben bleiben, dessen Leben den größten Wert hat. Bei gleichem Wert soll aber kein Kampf stattfinden, sondern gleichsam durch das Los die Entscheidung getroffen werden. Daß das Ergebnis alles andere als praktisch ist, hebt auch v. Bar III § 106 Anm. 390 S. 232 ff. hervor. Weiter von allem Rosenfeld (v. Liszt's Strafrechtsfälle S. 107 Nr. 2 (zu Nr. 27)).

43) v. Weber S. 26 ff.

44) Diesen Fall bringt Ennecerus (1928) § 222 Anm. 1 S. 622 des Allgemeinen Teils, ohne aber auf die Frage des übergesetzlichen Notstandes einzugehen. Er betrachtet ihn lediglich unter dem Gesichtspunkt des § 54 StGB.

zumindest § 54 StGB einen Entschuldigungsgrund gewährt, steht fest. Es fragt sich aber, ob die Tat auch nicht rechtswidrig und somit rechtmäßig ist — denn alle Handlungen, die nicht rechtswidrig sind, sind rechtmäßig, es gibt nicht etwa rechtlich neutrale, indifferente Handlungen[45]) —. Diese Frage ist besonders dann von Bedeutung, wenn ein Dritter die den einen rettende Handlung vornimmt, z. B. ein dritter hinzukommender Bergsteiger das Seil zerschneidet. Denn dem Dritten steht ein Entschuldigungsgrund nicht zur Seite. Die Frage ist weiter besonders dafür wichtig, ob der, in dessen Leben eingegriffen wird, die Tat dulden muß, d. h. ob der Angegriffene gegen den Angreifer Notwehr üben kann: denn handelt der Angreifer rechtmäßig, so steht dem Angegriffenen Notwehr nicht zu, seine Verteidigungshandlung wäre vielmehr lediglich nach § 54 StGB. entschuldigt.

In all diesen Fällen ist es sehr zweifelhaft, ob der Täter rechtmäßig handelt, d. h. ob sein Tun nach den herrschenden Wertvorstellungen ein angemessenes Mittel zu angemessenen Zwecken darstellt, und zwar ist die Frage deshalb außerordentlich zweifelhaft, weil hier religiöse und ethische Wertungen hineinspielen[46], also Wertungen, die bei den meisten Menschen verschieden sind, so daß nicht leicht von herrschenden Wertvorstellungen gesprochen werden kann. So steht z. B. die katholische Kirche, deren Ansicht bei der Findung der herrschenden Wertungen stets mitheranzuziehen ist, auf dem Standpunkt, eine solche Handlung sei nicht rechtmäßig und erlaubt. Sie stellt vielmehr den Satz auf, daß niemals direkt in ein schuldloses Menschenleben eingegriffen werden dürfe, auch dann nicht, wenn dadurch viele andere unschuldige Menschenleben gerettet werden könnten. So sagt Hürth[47]), auf der einen Seite stünde das „Gut absoluter Unantastbarkeit schuldlosen Lebens", auf der anderen Seite „das Gut der Zugriffsmacht auf fremdes schuldloses Leben zur Abwehr des drohenden natürlichen Todes mehrerer." Hier sei das erste Gut wertvoller als das zweite, die Würde und die Achtung vor dem Menschenleben verbiete es dem Menschen, aus welchem Grunde auch immer, in ein solches

45) Liszt-Schmidt 25 § 32 Anm. 10 S. 177; Mezger, Lehrb. § 18 II S. 163; Sauer S. 236; v. Weber S. 3; anders Beling, Grundzüge (1930) S. 15; Binding Handb. I S. 158 und 765; Siegert S. 31 ff.

46) Henkel S. 90/91.

47) Hürth S. 128 ff. Hürth lehnt die ganze Güterabwägungstheorie ab, er unterstellt nur zuerst die Richtigkeit dieser Theorie. S. 130: „ . . . daß die direkte Tötung auch nur eines Schuldlosen nicht aufgewogen werden kann durch die Verhütung des natürlichen Todes noch so vieler anderer."

Leben einzugreifen: es sei besser, alle in einer Gefahrgemeinschaft befindlichen Menschen stürben eines natürlichen Todes als einer zur Rettung der übrigen eines gewaltsamen.

So beachtlich auch diese „von hohem Ethos“ [48]) getragenen Ausführungen sind, so stellen sie doch nicht die herrschenden Wertvorstellungen dar: nach dieser Ansicht dürfte die Schwangerschaft aus medizinischen Gründen auch dann nicht direkt unterbrochen werden, wenn ohne den Eingriff Mutter und Leibesfrucht zugrunde gingen, eine Ansicht, die den herrschenden Wertvorstellungen widerspricht: diese gestatten, wie wir oben gesehen haben, sogar dann schon eine Unterbrechung, wenn ohne sie nur das Mutterleben vernichtet würde[49]).

Auf der anderen Seite kann man geltend machen, daß der in einer solchen Gefahrgemeinschaft befindliche Täter dem Staate durch die Tötung zugleich Menschenleben rettet, die sonst verloren gegangen wären, ihm also das geringere Uebel zugefügt und ihm somit nützt. Hier ist aber zu beachten, daß, wie wir schon oben hervorgehoben haben, es nicht allein auf eine Güterabwägung ankommt. Selbst die Handlung, die mehr Güter rettet als beschädigt, kann unrechtmäßig sein. Dies geht schon aus § 904 hervor, dem Paragraphen, dem die Idee der Güterabwägung z. T. überhaupt entnommen ist; denn nach ihm ist ein Eingriff in eine neutrale Sache nur dann gestattet, wenn der drohende Schaden unverhältnismäßig größer ist als der Wert der neutralen Sache, also nicht gestattet, wenn der Schaden nur ein geringeres größer ist.

Wenn wir, um die rechtlichen Wertungen zu erkennen, die zur Gefahrgemeinschaft gehörenden Fälle näher betrachten, so zerfallen diese in zwei Gruppen[50]):

a) In der ersten Gruppe ist das Menschenleben, in das eingegriffen wird, nach aller menschlichen Voraussicht dem nahen Tode unrettbar verfallen — hierhin gehört der Seilfall.

b) In der zweiten Gruppe ist das betreffende Leben nicht unrettbar verloren, denn auch dieses könnte sich noch auf

---

48) Wachinger, Festg. f. Frank Bd. II. S. 514.

49) Die katholische Kirche lehnt die Abtreibung aus sozialen, medizinischen und eugenischen Gründen ab, sie läßt nur u. U. eine indirekte Tötung der Leibesfrucht zu. So die beiden Entscheidungen des Heiligen Officiums vom 31. 5. 1889 und 19. 8. 1895, sowie die casti conubii (abgedr. in der authentischen deutschen Uebersetzung b. Linneborn S. 3 ff (17 ff).

50) Diesen Unterschied macht auch Henkel S. 91, ohne daß er aber die Fälle später im Ergebnis verschieden behandelt.

Kosten der übrigen retten — hierhin gehört der Mignonettefall[50a]).

Dieser Unterschied könnte (allerdings nicht nach der katholischen Ansicht, die schlechthin einen Eingriff in unschuldiges menschliches Leben für unerlaubt hält) bei der Frage der Rechtmäßigkeit eine Rolle spielen, in der Art, daß in der Gruppe a) anders als in der Gruppe b) der Eingriff als nach Mittel und Zweck richtig angesehen wird. Zu einer solchen Unterscheidung könnte man gelangen, weil bei der zweiten Gruppe Erwägungen anzustellen sind, die bei der ersten nicht auftauchen können. Man könnte nämlich vorbringen, daß, wenn die Angriffshandlung bei der Gruppe b) rechtmäßig sei, also der den Schiffsjungen tötende Kapitän rechtmäßig handele, dann die Verteidigungshandlung des anderen rechtswidrig (wenn auch nach § 54 StGB schuldlos) sei, während dessen Angriffshandlung, genau wie die des zuerst Angreifenden, rechtmäßig sein würde: daß also die Verteidigungshandlung rechtswidrig, die Angriffshandlung rechtmäßig sei. Diese Erwägungen, die also nur bei der Gruppe b) auftauchen, da in der Gruppe a) Verteidigung und Angriff des Gefährdeten nicht möglich sind, sind richtig. Sie rechtfertigen aber nicht eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Fälle. Zwar ist es eigentümlich, daß die Verteidigung verboten, aber der Angriff erlaubt ist[51]). Dies ist aber kein Widerspruch in sich. Denn die Verteidigung ist nicht weniger, sondern etwas anderes als der Angriff. Vielmehr hat die unterschiedliche Behandlung der Verteidigung und des Angriffs einen guten Sinn. Denn wenn die Verteidigungshandlung Erfolg hat, der Angriff also abgewehrt wird, sterben alle (die ganze Mannschaft), während, wenn die Angriffshandlung des einen oder anderen (Kapitän oder Schiffsjungen) Erfolg hat, nur einer stirbt. Und auch das Ergebnis, daß, wenn beide einander angreifen, beide rechtmäßig handeln, ist nicht geeignet, die Rechtmäßigerklärung des Angriffs in der zweiten Gruppe zu

---

50a) Das englische Gericht, das diesen Fall entschieden hat, hat die Angeklagten wegen Mordes zum Tode verurteilt.
Simonson berichtet ausführlich über dieses Urteil in Z 5 S. 367 ff.
Weitere Literatur über das englische Recht bei Rosenfeld (v. Liszt's Strafrechtsfälle) S. 107 zu Nr. 27.

51) Goldschmidt DJT II/433 meint, man würde, wenn man die Angriffshandlung für rechtmäßig hielte, die Opfer der Notwehr berauben. Dies ist richtig: Die Nur-Verteidigungshandlung der Opfer ist rechtswidrig. Sofern aber die Verteidigungshandlung auch Angriffshandlung ist, ist sie rechtmäßig. Nicht ganz klar Siegert S. 34. Abwegig Göpel 51, nachdem die Priorität der Handlung entscheidet, wer rechtswidrig und wer rechtmäßig handelt. Dagegen mit Recht auch Siegert S. 34.

widerlegen. Denn man kann sich vorstellen, daß in solchen Fällen die Rechtsordnung objektiv den Kampf nicht verbieten will, daß sie sich vielmehr für solche Fälle für unzuständig erklärt, — ein Resultat, das der von Grotius über den Notstand ganz allgemein aufgestellten Ansicht ähnelt. Goldschmidt[51a]) meint allerdings: „Welches beschämende Schauspiel, zwei miteinander Ringende, von denen jeder rechtmäßig handelt; das heißt doch nichts anderes als die Proklamierung des Faustrechts!" Dieses Ergebnis, daß zwei miteinander Ringende beide rechtmäßig handeln, ist von Goldschmidt im Hinblick auf die Lehre getadelt, daß der Notstand des § 54 StGB einen Rechtfertigungsgrund gewähre. Er würde uns aber auch hier den Vorwurf machen, besonders, da er[51a]) den Mignonettefall gerade unter dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen, nicht etwa des übergesetzlichen Notstandes behandelt. Aber welches Recht soll in unseren Fällen gelten, wenn nicht das „Faustrecht"? So sagt auch Fichte[52]) mit Recht, es habe in solchen Fällen „die Natur die Berechtigung für beide zu leben zurückgenommen, und die Entscheidung fällt der physischen Stärke und Willkür anheim"[53]).

Nimmt man somit die Rechtmäßigkeit der Angriffshandlung an, so handelt auch der Dritte, der eine solche Handlung vornimmt, rechtmäßig, wobei von der Frage abgesehen werden soll, ob der Dritte die wirksame oder mutmaßliche Einwilligung der zu Rettenden bedarf. Nähme man aber an, die Tötung eines Lebens, das sich noch durch Tötung eines anderen retten könnte, wäre nach den herrschenden kulturellen (nicht nur religiösen) Wertvorstellungen nicht rechtes Mittel zum rechten Zweck, wie dies besonders Goldschmidt und E. Schmidt im Gegen-

---

51a) Notstand 6.

52) Vgl. v. Baar III § 106 S. 235.

53) Siegert 32 ff. glaubt die Anerkennung des Faustrechts vermieden zu haben, wenn er den Satz aufstellt, daß, wenn sich in einer Notstandslage gleichwertige rechtliche Interessen gegenüberstehen und der Notstandseingriff nicht wegen des benutzten Mittels mißbilligt werden muß, die Handlung rechtlich nicht gewertet werden könne, daß sie sich dann als unverboten darstelle. Unter diesen Satz bringt er den Fall, daß der eine Schiffbrüchige seinen Leidensgenossen von der nur einen tragenden Planke hinunterstößt (nicht aber der Mignonettefall, was m. E. nicht haltbar ist, da nicht einzusehen ist, warum die Tötung des Schiffsjungen im Gegensatz zur Tötung der Schiffbrüchigen angemessen sein soll; vgl. Engisch JKV 31/185 ff.). In Wirklichkeit vermeidet Siegert die Anerkennung des Faustrechts ebensowenig wie wir. Denn wenn das Recht die Handlung der Schiffbrüchigen nicht bewertet, dann bleibt nur die Anerkennung der Faust und somit des Faustrechts übrig.

satz zu Henkel, v. Bar und Engisch[54]) tun, so bliebe es unmöglich[55]), den Dritten vor der Bestrafung zu schützen. Man könnte dem Täter höchstens mit dem übergesetzlichen Notstand als Entschuldigungsgrund helfen, in der Art, daß man dem Dritten nicht vorwürfe, daß er sich durch das Verbot der Tötung nicht habe motivieren lassen, die Tat zu unterlassen, daß man m.a.W. also die Nichtmotivierung des aus Mitleid handelnden Dritten für nicht pflichtwidrig hielte. Hierbei soll allerdings nicht verkannt werden, daß dieser Weg recht kühn ist, insofern er sich praktisch über den § 54 StGB hinwegsetzt, der eine Nothilfe nur zu Gunsten der in Not befindlichen Angehörigen zuläßt.

Abschnitt 2.

Der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund im bürgerlichen Recht.

1. Die Einheit der Widerrechtlichkeit im Straf- und Zivilrecht.

Hiermit ist die erste Aufgabe, der Nachweis des Daseins und des Umfangs des übergesetzlichen Notstandes als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht erfüllt. Nunmehr ist zu untersuchen, ob dieser Rechtfertigungsgrund auch im bürgerlichen Recht anzuwenden ist und welche Wirkungen er dort etwa hat.

Da der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit ausschließt, müssen wir zunächst prüfen, ob das Strafgesetzbuch denselben Rechtswidrigkeitsbegriff wie das bürgerliche Recht hat. Bejahen wir diese Frage, so muß logisch der übergesetzliche Notstand auch im bürgerlichen Recht Anwendung finden. Verneinen wir dagegen die Frage, so kommt im bürgerlichen Recht höchstens eine entsprechende Anwendung des Gedankens vom übergesetzlichen Notstand in Betracht.

---

54) Goldschmidt DJT 34/II 433; E. Schmidt in JKV 31 142; Henkel 90 ff; v. Bar 263 ff; Engisch JKV 31/187.

55) Es fragt sich auch, ob man dem Dritten überhaupt helfen will. So billigt Goldschmidt DJT 34 II 433 nicht die Freigabe der Nothilfe zugunsten Fremder. Er hält nur die Beihilfe für straflos. Aber dieser Unterschied läßt sich innerlich nicht rechtfertigen, jedenfalls dann nicht, wenn die zu Rettenden zu ihrer Rettung ihre Einwilligung gegeben haben. Goldschmidt will selbst bei der Schwangerschaftsunterbrechung eine Ausnahme (de lege ferenda) machen, aber hier ist die Sachlage dieselbe wie in den andern Fällen der Gefahrgemeinschaft.

Gegen die Annahme, die bürgerlich-rechtliche Widerrechtlichkeit sei dieselbe wie die strafrechtliche, hat man verschiedene Einwendungen erhoben:

a) Man hat einmal geltend gemacht[56]), unsere Annahme könne nicht stimmen, weil das bürgerliche Recht ganz andere Folgen an die Widerrechtlichkeit knüpfe als das Strafrecht. Daß nun das bürgerliche Recht andere Folgen an das Unrecht knüpft als das Strafrecht, ergibt sich aus den verschiedenen Aufgaben, die die beiden Rechtsgebiete erfüllen. Daß aber deshalb der zugrunde liegende Begriff der Rechtswidrigkeit nicht derselbe sein könne, wäre zu beweisen, stellt ohne den Beweis eine petitio principii dar[56a]).

b) Weiter hat man[57]) eingewendet, das bürgerliche Unrecht erschöpfe sich in Verletzung von Privatrechten, das öffentliche Unrecht stelle eine Verletzung von öffentlichen Rechten dar, letzteres verstoße somit allein gegen das subjektive Recht auf Botmäßigkeit, — ein Einwand, der sich aber dadurch erledigt, daß jedes Unrecht gegen die Anforderungen des objektiven Rechts und somit gegen das staatliche Recht auf Botmäßigkeit verstößt.

c) Endlich hat Hegel[58]) behauptet, das bürgerliche Recht sei „unbefangenes Unrecht", während das Verbrechen das „Recht als Recht" verletze —, ein Einwand, der, wenn die Ansicht richtig so verstanden wird[59]), daß das bürgerliche Unrecht das unbewußte, das strafrechtliche das bewußte sein soll, sich durch einen Hinweis auf den Vorsatz im Zivilrecht und die Fahrlässigkeit im Strafrecht widerlegt[60]).

Alle Einwendungen[61]), die sich gegen die Annahme eines ein-

---

56) Binding Normen 2. Aufl. I §§ 38—46 (291), dazu Hippel I 1925 S. 29 Anm. 3.

56) Wir widerlegen diese Ansicht unten, wo wir die Einheit' der Widerrechtlichkeit in beiden Gebieten dartun. Hier begnügen wir uns mit der Feststellung, daß dieser Einwand nicht begründet und bewiesen ist.

57)Binding I S. 289, 295, 303. Dagegen Hippel I S. 29 Anm. 3.

58) Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts §§ 82 ff. Die dritte Art der von ihm aufgestellten Rechtswidrigkeit, den Betrug, lassen wir hier beiseite. Ueber und gegen Hegel besonders Merkel Krim.Abh. I S. 1 ff.

59) So verstehen ihn z. B. v. Bar Handb. I S. 338; Liepmann Einl. S. 4 und Hippel I S. 28 Anm. 4 mit weiterer Literatur.

60) Hippel I S. 28 Anm. 4.

61) Ueber weitere wenig bedeutendere Einwendungen Haelschners und v. Bars vgl. Hippel S. 29 Text und Anm. 1 u. 2 mit genauen Lit.-Angaben.

heitlichen Widerrechtlichkeitsbegriffs im bürgerlichen und strafrechtlichen Gebiete wandten, haben sich somit nicht als stichhaltig erwiesen. In Wirklichkeit ist die Einheit zu bejahen. Dies ist heute ganz allgemein anerkannt[62]) und auch richtig, und zwar nach allen Vorstellungen, die man sich über die Aufgabe und das Wesen der Rechtswidrigkeit macht.

Nimmt man[63]) an, daß Recht sei seinem Wesen nach nur Bestimmungsnorm, so hat auch die Rechtswidrigkeit die Aufgabe, zu bestimmen, und zwar soll sie die Handlungen, deren Vornahme der Gesetzgeber nicht wünscht, verbieten. Der Gesetzgeber kann nun nicht eine Handlung zugleich verbieten und erlauben, ohne sich selbst zu widersprechen. Verbietet der Gesetzgeber etwas im Strafrecht, so verbietet er dies auch im bürgerlichen Recht, und ebenso umgekehrt, wobei natürlich zu beachten ist, daß nicht jede rechtswidrige, sondern nur die tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung de lege lata strafbar ist. Da das Verbot die Rechtswidrigkeit begründet, ist somit die Rechtswidrigkeit im bürgerlichen Recht und im Strafrecht dieselbe, und sind es demzufolge ebenso die Rechtfertigungsgründe, die eine Ausnahme von dem Verbote darstellen[64]).

Nimmt man[65]) dagegen an, das Recht sei nicht lediglich Bestimmungsnorm, sondern auch und zwar zuerst Bewertungsnorm — eine Ansicht, die, als erkenntnistheoretisch richtig, den Juristen nicht zur Gefolgschaft zwingt, weil der Jurist aus Zweckmäßigkeitsgründen die Bewertungsnorm des Rechts beiseite lassen darf[66]) —, so hat die Rechtswidrigkeit die Aufgabe, zu bewerten, und die Schuld, zu bestimmen[67]) [68]). Auch wenn man

---

62) Finger Strafr. § 28 III; Dölle S. 128 ff; Goldschmidt in DJT 34 II 427 ff (430); Kadecka in DJT 34 II 416; E. Schmidt in DJT 34 II 493; Graf zu Dohna DJT 34 II 491; v. Hippel II S. 108 u. S. 28 mit älterer Literatur und Geschichte; Hubernagel GS. 91/302 usw. usw. A. Merkel hat in Krim.-Abh. I/41 ff. zuerst die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit vertreten. Er ging aber von dem Standpunkt aus, daß die Rechtswidrigkeit schuldhaftes Unrecht darstelle.

63) Hierüber (aber anderer Ansicht) Mezger GS. 89/239 ff. Fassen wir die Rechtsnorm lediglich als Bestimmungsnorm auf, so gelangen wir konsequenterweise zur Einheit von Rechtswidrigkeit und Schuld, wie dies z. B. auch bei Merkel S. 41 ff. der Fall gewesen ist. Dies betonen mit Recht u. a. Mezger GS 89/239 ff. und Liszt-Schmidt 25 § 32 Anm. 2 S. 172.

64) Dölle 128, 129.

65) Mezger GS. 89/140 ff; Dölle 129 Anm. 53; Liszt-Schmidt 26 § 31 I 174 ff.

66) Mezger GS 89/241.

67) Liszt-Schmidt 26 § 36 S. 222 ff.

68) Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht vielleicht beide, Rechtswidrigkeit und Schuld, die Aufgabe haben, sowohl zu bewerten als auch

dieser Ansicht folgt, ist die Rechtswidrigkeit im bürgerlichen Recht dieselbe wie im Strafrecht. Denn der Gesetzgeber kann wiederum nicht, ohne sich selbst zu widersprechen, verschieden bewerten[69]).

Daß die Rechtswidrigkeit dieselbe ist, haben wir somit dargetan, ohne die Einheit allerdings zwingend beweisen zu können. Es bestünde immerhin die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber sich eben widerspräche und in den verschiedenen Gebieten verschiedenes verböte oder anders bewertete[70]). Einen Beweis der Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeit gibt es nicht. Daß aber die Rechtswidrigkeit eine einheitliche ist, ist immerhin anzunehmen, da wir von dem Regelfall, nämlich davon ausgehen dürfen, daß der Gesetzgeber sich nicht widerspricht, und wir berücksichtigen müssen, daß das Recht zum mindesten bestrebt ist, eine Harmonie darzustellen[71]).

2. Wirkungen des übergesetzlichen Notstandes im bürgerlichen Recht.

Da also die Rechtswidrigkeit in beiden Gebieten dieselbe ist und ebenso die Rechtfertigungsgründe als deren Verneinung, so ist der übergesetzliche Notstand auch im bürgerlichen Recht anzuwenden und zwar auch dann, wenn im Zivilrecht kein Bedürfnis danach bestünde. Denn die Rechtswidrigkeit wird im Strafrecht durch das Vorliegen des übergesetzlichen Notstandes ausgeschlossen und somit auch notwendig im bürgerlichen Recht. Zwar wäre denkbar, daß die Anwendung des übergesetzlichen Notstandes sich im bürgerlichen Recht nicht praktisch auswirken würde, aber das würde an seiner theoretischen Anwendung nichts ändern. Der übergesetzliche Notstand hat aber auch im bürgerlichen Recht Bedeutung.

Einmal wirkt er im Bereiche der Notwehr. Notwehr ist nur gegen einen rechtswidrigen Angriff möglich. Ist dieser Angriff nun durch den übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt, so ist die gegen ihn erfolgende Verteidigung rechtswidrig, da § 227 sie nicht zu einer rechtmäßigen macht. So handelt also der eine

---

zu bestimmen: dies würde an unserer Folgerung nichts ändern. Denn wenn die Rechtswidrigkeit als Bewertungsnorm und als Bestimmungsnorm in beiden Gebieten dieselbe ist, dann muß sie auch dieselbe sein, wenn sie sowohl Bewertungsnorm als auch Bestimmungsnorm ist.

69) Dölles (129 ff.) Hinweis auf § 20 des E 25 ist verfehlt, wie Goldschmidt DJT 34/II. 427 ff. mit Recht hervorhebt.

70) Dölle 128 ff. meint, nur letzteres sei theoretisch möglich.

71) Hubernagel GS 91/300 ff. u. a.

medizinisch angezeigte Schwangerschaft unterbrechende Arzt in Notwehr, wenn er einen Dritten, etwa den Vater des zu erwartenden Kindes, der ihn an der Vornahme des Eingriffs hindert, abwehrt. Denn sein Eingriff ist durch den übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt, der Vater handelt also nicht in Notwehr, wenn er, um die Leibesfrucht zu schützen, den Arzt an dem Eingriff hindert. Ist somit der Arzt in Notwehr, wenn er den rechtswidrigen Angriff des Vaters von sich abwehrt, so ist er dem Vater nicht schadensersatzpflichtig, wenn er ihn bei dieser Abwehr verletzt, §§ 823 ff, 227. Anders wäre bei der sozialen und nach unserer Ansicht auch bei der eugenischen Schwangerschaftsunterbrechung zu entscheiden. In diesen Fällen ist der Eingriff des Arztes rechtswidrig; der Vater ist also in Notwehr, wenn er, um das Kind zu schützen, den Arzt an der Vornahme des Eingriffs hindert. Der Arzt handelt demzufolge rechtswidrig, wenn er den Vater von sich abwehrt, und muß diesem den durch die hierbei erfolgte Verletzung entstandenen Schaden ersetzen.

Weiter braucht der im übergesetzlichen Notstand Handelnde den Verletzten oder dessen Unterhaltsberechtigten nicht Schadensersatz nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen zu leisten, da seine Handlung nicht unerlaubt, d. h. nicht rechtswidrig ist.

Es fragt sich aber, ob der im übergesetzlichen Notstand Handelnde nicht aus einem anderen Grunde schadensersatzpflichtig ist — und als solch ein anderer Grund kommt eine entsprechende Anwendung des § 904 S. 2 in Betracht.

Hiebei müssen wir beachten, daß es für den Verpflichteten einen Unterschied macht, ob er nach § 823 oder nach § 904 S. 2 einen Schaden ersetzen muß[72]). Dies ist einmal für die Frage des Gerichtsstandes von Bedeutung, da der Gerichtsstand des § 23 ZPO nur dann gegeben ist, wenn der Beklagte aus § 823 (hypothetisch) verpflichtet ist, nicht aber, wenn er nach § 904 S. 2 haftet[73]); es ist weiter von Bedeutung für die Frage der Verjährung, da der Anspruch aus § 823 nach § 852 in drei Jahren,

---

72) Dies übersieht Reichel DJT 34 I 175, wenn er behauptet, es mache keinen Unterschied, ob § 54 StGB. im bürgerlichen Recht Anwendung finde oder nicht. Denn wenn der Täter nach § 54 StGB. entschuldigt sei, dann hafte er nach § 904 S. 2.

Dies ist auch von Goldschmidt DJT 34 II 441, von Gehrhardt 33 ff. und Dölle 133 übersehen.

73) Bestritten; wie oben Kohler Lehrb. I 223, 224, anders v. Tuhr II 2 § 97 III.

der Anspruch aus § 904 S. 2, jedenfalls nach der herrschenden Meinung[74]), nach § 195 erst in dreißig Jahren verjährt. Vor allem kommt der Unterschied darin zum Ausdruck, daß der nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen Haftende dem Verletzten auch den nichtvermögensrechtlichen Schaden ersetzen muß, insbesondere also Schmerzensgeld zahlen muß, während dies für den nach § 904 S. 2 Verpflichteten zumindest zweifelhaft ist. § 847 könnte für den nach entsprechender Anwendung des § 904 S. 2 Verpflichteten — für den unmittelbar nach § 904 S. 2 Verpflichteten taucht die Frage nicht auf, da dort nur Eingriffe in Sachen erlaubt sind und also nur deren Wert zu ersetzen ist — höchstens analog angewendet werden. Aber auch diese analoge Anwendbarkeit ist zu verneinen. Denn grundsätzlich haftet der Verpflichtete nur für den Vermögensschaden (§ 253) und nur bei den unerlaubten Handlungen besteht die Ausnahme, nur dort soll, weil die unerlaubte Handlung als etwas besonders Verwerfliches erscheint, ein nichtvermögensrechtlicher Schaden, wenn auch nicht als Strafe, so doch als gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Verletzers und Verletzten ersetzt werden. Die Vorschrift des § 847 kann auf die Gefährdungshaftung[75]) (Kraftfahrzeuggesetz usw.) nicht analog angewendet werden, weil dort die Handlung als nichtschuldhafte nicht besonders verwerflich erscheint, und paßt erst recht nicht für die rechtmäßige Handlung.

Der Unterschied zwischen der Haftung aus § 823 und § 904 S. 2 kommt weiter dann zum Ausdruck, wenn ein Dritter die den einen schädigende und den anderen rettende Handlung vornimmt. Bei der Haftung nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen würde der Dritte genau so haften, wie wenn er für sich gehandelt hätte, bei der Haftung nach § 904 S. 2 haftet der Dritte, der Nothelfer, überhaupt nicht, sondern

---

74) Herrsch. Meinung; statt aller: Planck (1923) § 904 3 b und Enneccerus I (1928) S. 624. Anders Wolff, Sachenrecht § 39 II, 1.

75) § 847 wird allgemein auf den Tierhalter angewandt, weil § 847 für die unerlaubten Handlungen gelte und die Tierhalterhaftung unter diesen vom Gesetzgeber aufgestellten Begriff falle, so z. B. Staudinger zu § 847. Diese Ansicht ist m. E. nicht richtig, da hier der Grundgedanke des § 847 nicht paßt. Wie hier wohl auch OLG (Hamburg) Bd. 12/120.

76) Z. B. Planck § 3 b und Fischer-Henle-Titze § 904 9. Anders z. B. Kohler (1906) Lehrb. I S. 225.

Auf diese alte Streitfrage soll trotz ihrer Bedeutung für unseren Fall nicht weiter eingegangen werden, da die beiden Ansichten mit guten Gründen vertreten werden und Neues zu der Frage wohl nicht mehr zu bringen ist.

nur der Gerettete. Dies ist zwar bestritten. Die wohl herrschende Ansicht[76]) läßt den Nothelfer nach § 904 S. 2 haften und vertröstet ihn mit einem Regreßanspruch gegen den Geretteten. Dies ist aber nicht richtig. § 904 stellt, wie wir unten[77]) noch sehen werden, eine Art „privatrechtlicher Enteignung“ [77a]) dar. Bei der Enteignung muß aber der die Entschädigung zahlen, zu dessen Gunsten die Enteignung vorgenommen wird.

Nach alledem macht es einen Unterschied, ob der Täter dem Verletzten nach § 823 oder 904 haftet.

Der Annahme nun, daß der im übergesetzlichen Notstand Handelnde dem Verletzten aus entsprechender Anwendung des § 904 S. 2 zum Schadensersatz verpflichtet sei, könnte einmal entgegengehalten werden, § 904 S. 2 enthalte, insofern er für eine rechtmäßige Handlung eine Schadensersatzpflicht begründe, eine Ausnahmevorschrift, und eine solche dürfe nicht analog ausgelegt werden. Aber einmal ist nicht einzusehen, warum eine Ausnahmevorschrift nicht innerhalb des engeren Rahmens analog anzuwenden ist[78]), d. h. für Fälle, die der ratio nach besser nach ihr als nach der Regel behandelt werden; und zweitens ist es sehr fraglich, ob die Schadensersatzpflicht in Wirklichkeit eine Ausnahmevorschrift darstellt. § 904 S. 2 erklärt, daß der rechtmäßig Handelnde für die objektiv erfolgte Verletzung einer Sache dem Eigentümer der Sache schadensersatzpflichtig ist. Denn es ist zwar der Rechtsordnung gemäß, wenn von zwei Gütern das höherwertige auf Kosten des geringeren gerettet wird; es entspricht aber auch der Billigkeit, wenn der, der seine Rechtsgüter auf Kosten fremder Güter erhält, dem Eigentümer der verletzten Sache dessen Schaden ersetzt, da es immer besser ist, daß der den Schaden trägt, der ihn ohne die Möglichkeit der Errettung durch Opferung eines fremden Gutes getragen hätte, als daß ihn der gänzlich unbeteiligte Dritte trägt, in dessen Sachen eingegriffen wird[79]).

Und dieser Gesichtspunkt, daß nämlich niemand seinen Schaden auf einen andern abwälzen darf, paßt auch für den Fall des übergesetzlichen Notstandes. Muß der, der zur Er-

---

77) Vgl. unten 2. Kapitel, 2. Abschnitt, 2 (Anm. 79).

77a) Kohler Lehrb. I S. 225.

78) Enneccerus, Allgem. Teil § 44 I 2 a; Reichel 103. Vgl. 1. 14 D. de leg. 1,3. RG JW 1934/2458 ff. (2459: „sind sie nicht deshalb in ihrem eigenen Bereich entsprechender Anwendung auf verwandte, dem gleichen Grundgedanken überzuordnende Fälle unzugänglich“).

79) Es wird vielfach mit Recht darauf hingewiesen, daß § 904 seine Parallele in der Enteignung des öffentlichen Rechts hat, z. B. Kohler, Lehrb. I S. 225.

rettung seiner Güter in eine neutrale Sache rechtmäßig eingreift, dem Eigentümer dieser Sache den diesem hierdurch entstandenen Schaden ersetzen, so muß der, der zur Errettung seiner Rechtsgüter in Leib oder Leben von Fremden rechtmäßig eingreift, erst recht schadensersatzpflichtig sein[80]).

Der im übergesetzlichen Notstand Handelnde ist also dem Verletzten bzw. dessen Unterhaltsberechtigten[81]) aus entsprechender Anwendung des § 904 S. 2 schadensersatzpflichtig.

Hier taucht nun eine Frage auf, die auch bei der direkten Anwendung des § 904 S. 2 von Bedeutung ist, beim übergesetzlichen Notstand aber besonders häufig praktisch wird, nämlich die Frage: muß der im übergesetzlichen Notstand in ein fremdes Rechtsgut Eingreifende dem Berechtigten den ihm entstandenen Schaden auch dann ersetzen, wenn der Schaden ohne den Eingriff durch ein anderes Ereignis mit Bestimmtheit unmittelbar darauf eingetreten wäre? Muß also, wenn wir dies auf einen unserer Beispielsfälle anwenden, der eine Bergsteiger, der das Seil abgeschnitten hat, den Unterhaltsberechtigten des anderen Schadensersatz leisten, oder kann er sich, wenn er von diesen in Anspruch genommen wird, darauf berufen, der andere wäre, wenn er das Seil nicht abgeschnitten hätte, doch unmittelbar danach gestorben?

Dieser Fall ist zu unterscheiden von dem, daß der Verletzte noch die Möglichkeit hatte, Leib oder Leben, wenn auch nur auf Kosten von anderen, zu retten. Hier bleibt es bei der Regel des § 904 S. 2. Wenn also in dem Falle, in dem sich A und B auf dem engen Bergpfad begegnen, der A den B hinuntergestoßen hätte, wenn ihm nicht der B zuvorgekommen wäre, dann muß B die Unterhaltungsberechtigten des A ernähren, genau so wie umgekehrt A die Angehörigen des B hätte ernähren müssen, wenn er dem B beim Herabstoßen zuvor gekommen wäre.

---

80) Kohler Lehrb. I. S. 223/24, der im § 54 StGB einen Rechtfertigungsgrund sieht und ihn infolgedessen im bürgerlichen Recht berücksichtigt, hält den Täter nach entsprechender Anwendung des § 904 S. 2 de lege lata für schadenersatzpflichtig. Anders Oetker (Notwehr und Notstand 1903) S. 2 ff. und in VDA Allg. Teil II (1908) S. 346 ff., der sich jedoch de lege ferenda für eine Ersatzpflicht nichtdeliktischer Art einsetzt.

Ueber die Haftung des Notstandstäters im römischen Recht: v. Bar III § 103 S. 224 ff.; Oetker VDA II S. 346 und R. Merkel S. 106 ff.

81) Der nach entsprechender Anwendung des § 904 2 Verpflichtete haftet, wenn er das Leben eines Dritten vernichtet, dessen Unterhaltungsberechtigten nach entsprechender Anwendung des § 844.

In dem Falle aber, in dem feststeht, daß der von B hinuntergestoßene A seinerseits, etwa aus religiösen Gründen, den B nicht hinuntergestoßen hätte, es vielmehr lieber gesehen hätte, daß sie beide eines natürlichen Todes gestorben wären, als einer von ihnen eines gewaltsamen, taucht wie oben beim Seilfall die Frage der Ersatzpflicht auf, die wir so formulieren können: Werden bei der Beurteilung der Schadensersatzpflicht lediglich die Wirkungen der Eingriffsursache oder auch der hypothetischen Wirkungen der nicht tatsächlich zur Wirkung gelangten (latenten) Reserveursache berücksichtigt[82])?

Diese Frage ist sehr bestritten[82a]).

a) Man hat einmal[83]) angenommen, die hypothetischen Wirkungen müßten stets berücksichtigt werden, wenn das zweite Ereignis nicht in einer menschlichen Handlung bestünde — und um solche Fälle handelt es sich hier —, da sonst der Verletzte bereichert würde, nämlich besser dastünde, wenn der erste Eingriff erfolgt sei, als wenn dieses nicht der Fall gewesen wäre. Man[83]) hat sich hierbei auf die §§ 287, 848 berufen, die nicht etwa eine Sonderregelung darstellten, sondern einen allgemeinen und bei Berücksichtigung der Sonderart der beiden Interessenlagen angemessenen Gedanken verkörperten, und hat weiter auf den § 249 hingewiesen[84]), der die Berücksichtigung der nicht ausgelösten Kausalreihe verlange, da nach ihm der Verpflichtete den Zustand herstellen müßte, der bestehen würde (und zwar zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bestehen würde), wenn das erste Ereignis nicht eingetreten wäre und ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung der Schaden nicht eingetreten wäre.

Nach dieser Ansicht brauchten die Gäste[85]), die in einem Weinrestaurant einen Spiegel beschädigten und von dem Wirt erklärt erhielten, er wolle den Schaden abschätzen lassen und dann liquidieren, den Spiegel nicht zu bezahlen, wenn das Restaurant samt Spiegel in derselben Nacht durch einen Hausbrand vernichtet würde.

---

82) Heck, Schuldrecht, § 14, 6.
83) Heck, § 14, 6.
82a) Oertmann (1928) II S. 55 ff., 4 c, ε, δ / δ der Vorbem. zu den §§ 249 bis 254 mit Literaturangaben.
84) Vgl. RG JW 1934 S. 89 mit Anm. v. Isele.
85) Heck § 14 5 (Beispiel 8) und 6.

Auf der anderen Seite[86]) nimmt man an, die Ersatzpflicht würde nicht dadurch beseitigt, daß hinterher ein zweiter Umstand einträte, der seinerseits den Erfolg herbeigeführt hätte, da nicht der zweite Umstand den ersten, sondern der erste den zweiten Umstand gehindert hätte, kausal zu werden, — und so hat man[87]) in einem Falle einen Notar haften lassen, der eine bestimmte Summe von einem Mandanten bekommen hatte, mit welcher er eine vierzehnte Hypothek erwerben sollte, er aber fahrlässig eine sechzehnte Hypothek erwarb, obwohl hinterher bei der Zwangsversteigerung beide Hypotheken ausfielen.

Diese beiden extremen Ansichten scheinen mir nicht richtig zu sein, da sie zu unbilligen Ergebnissen führen: sowohl die Lösung des Spiegel- wie des Hypothekenfalles widersprechen dem Rechtsgefühl. M. E. muß man folgendermaßen zwischen den beiden Ansichten vermitteln.

Hat der Täter die betreffende Handlung begangen, so ist er zum Schadenersatz verpflichtet, d. h. er muß dem andern den Schaden ersetzen, den der andere erlitten hat. Es fragt sich aber, ob dieser einen Schaden erlitten hat. Diese Frage können wir zunächst bejahen, da das Gut eines anderen verletzt wird. Wir müssen aber die Frage sogleich wieder verneinen, wenn der andere durch dieselbe Handlung einen Vorteil erlangt hat, d. h. wenn dieselbe zum Schadendersatz verpflichtende Handlung generell geeignet war, nach Lage der Umstände einen Vorteil herbeizuführen (adäquate Verursachung)[88]).

In dem Hypothekenfall hat der Mandant keinen positiven Vorteil durch die betreffende Handlung des Notars bekommen, er hat auch nicht etwa Aufwendungen im juristischen Sinne gespart, so daß eine direkte Anwendung der Vorschriften über die Vorteilsausgleichung nicht in Betracht kommt; er hat aber dadurch, daß er die sechzehnte anstatt der vierzehnten Hypothek erhielt, den Verlust erspart, der darin bestanden hätte, daß er sonst mit seiner vierzehnten Hypothek ausgefallen wäre. Der Mandant hat also einen Schaden erlitten (Ausfall der sechzehnten Hypothek = — a), aber dadurch einen ebenso großen Vorteil erlangt (Vermeidung des Ausfalls der vierzehnten Hypothek

---

86) RG JW 1933/2383.

87) RG JW 1934/1564 ff. m. Anm. v. Plassmann.

88) So treffend Veith in Anm. zu RG JW 1933/2383 u. RG JW 1934/1564 im Anschluß an allerdings sehr vorsichtige und nicht ganz klare Formulierungen Oertmanns Vorbem. zu den §§ 249—254 4 c, ε, δδ S. 55 ff. („jedenfalls dann nichts nützen"). Vergl. auch Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 220 ff.

$= - (- a) = + a$), so daß der Notar zu Unrecht vom Reichsgericht verurteilt wurde[89]).

Nach dieser Ansicht hätten aber die Gäste den Spiegel bezahlen müssen, da die Beschädigung des Spiegels nicht adäquat die Vermeidung der Beschädigung des Spiegels durch den Hausbrand verursacht hat: denn der Hausbrand stellte ein nicht zu erwartendes Ereignis dar.

Wenn wir diese Ansicht auf die Fälle der Gefahrgemeinschaft im übergesetzlichen Notstand anwenden, so sehen wir, daß der Handelnde dem Verletzten oder dessen Unterhaltsberechtigten den Vorteil gebracht hat, daß diese den sonst eingetretenen Schaden ersparten, da also der zugefügte Schaden (Tod oder Verletzung $= - a$) genau so groß ist wie die Vermeidung des andernfalls eingetretenen Schadens (Tod oder Verletzung $= - a$)[90]).

---

89) Wie oben im Ergebnis auch Plaßmann in Anm. zu RG JW 34/1564. Die einzelnen Senate des RG nehmen zu dieser Frage m. E. verschieden Stellung:

So sind nach dem RG JW 34/89 (3. Senat) die Verhältnisse zur Zeit des Urteilserlasses bei der Ausmittlung des zu ersetzenden Schadens maßgebend, und zwar auch dann, wenn der Schaden bei seiner Entstehung höher ist als bei dem Urteilserlaß. Der Beklagte brauchte dort nicht den Schaden, den der Hof bei Entstehung des zum Schadenersatz verpflichtenden Ereignisses, sondern nur den geringeren Schaden zu tragen, den er infolge der ungünstigen Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Lage hatte. Das RG berücksichtigt also den Vorteil, den der Kläger dadurch erlangt hat, daß er den Verlust der Entwertung des Hofes infolge der wirtschaftlichen Lage erspart hat.

Anderer Ansicht sind dagegen RG JW 33/2383 (8. Sen.) u. RG JW 1934/1564 (5. Sen.)

90) Ob in diesen Fällen der Täter den Schaden gar nicht verursacht hat (Plaßmann zu RG JW 34/1564 verneint die Kausalität), oder ob er ihn zwar verursacht hat, aber wegen der erweiterten Anwendung der Vorteilsausgleichung nicht haftet, ist, wenn nicht überhaupt ein Streit um Worte, ein Streit von untergeordneter Bedeutung.

Kapitel 3.

Der übergesetzliche Notstand als Entschuldigungsgrund.

1. Abschnitt.

Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund im Strafrecht.

1. Voraussetzung für die Aufstellung des übergesetzlichen Notstandes.

Da wir somit das Bestehen und den Umfang des übergesetzlichen Notstandes als Rechtfertigungsgrundes und seine Wirkung im bürgerlichen Recht dargetan haben, wenden wir uns dem übergesetzlichen Notstand als Entschuldigungsgrund zu, d. h. nachdem wir festgestellt haben, daß eine tatbestandsmäßige Handlung auch dann rechtmäßig sein kann, wenn ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund nicht vorliegt, untersuchen wir, ob eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene rechtswidrige tatbestandsmäßige Handlung auch dann entschuldigt werden kann, wenn ein gesetzlicher Entschuldigungsgrund nicht gegeben ist.

Da nun der übergesetzliche Entschuldigungsgrund dem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund sehr ähnelt, gehen wir bei der Untersuchung des Bestehens und Umfangs dieses Begriffs genau so vor wie bei der Untersuchung des Bestehens und des Umfangs des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, d. h. wir prüfen zunächst, ob überhaupt ein Bedürfnis besteht, einen solchen Begriff aufzustellen, — und zwar soll dieses Bedürfnis für den Fall der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes an einigen Beispielen geprüft werden.

Ein Kutscher[1]) hatte von seinem Herrn den Auftrag bekommen, mit einem sogen. Leinenfänger zu fahren. Der Kutscher wußte, daß er, wenn er den Befehl nicht ausführte, sofort entlassen würde. Er fuhr deshalb mit dem Pferd, obwohl er sich sagte, daß er möglicherweise die Gewalt über das Pferd verlieren würde und daß hierdurch Menschen zu Schaden kommen könnten; er glaubte aber, dies würde nicht eintreten.

---

1) RG 30/25.

Ein anderer Fall ähnelt diesem, spielt aber im Gebiete des Vorsatzes[1a]):

Ein Dienstmädchen hatte von seiner Herrin den Auftrag bekommen, Teppiche zu klopfen; sie wußte, daß sie, wenn sie nicht gehorchte, ihre Stellung sofort verlieren würde. Sie klopfte infolgedessen die Teppiche, obwohl sie wußte, daß ihre Herrin an diesem Tage nicht an der Reihe war, und sie sah, wie die auf der Bleiche liegende Wäsche der Mitbewohner des Hauses durch ihr Klopfen beschmutzt wurde.

In beiden Fällen hätten sich die Täter[2]) strafbar gemacht, wenn man nicht ihre Schuld verneinte. Und zwar könnte man diese nur verneinen, wenn man den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund anwenden würde. Im ersten Fall hat der Täter das Vorsichtsgebot verletzt und somit fahrlässig gehandelt, und im zweiten Falle hat die Täterin den Erfolg in Kenntnis der Tatumstände gewollt und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehabt, also vorsätzlich gehandelt.

Auch im folgenden Fall könnte man dem Täter nur mit dem übergesetzlichen Notstand helfen:

A wird von einem Hunde auf der Straße angefallen. Er will den Hund erschießen. Er trifft jedoch den B. Hat A hier damit gerechnet, daß er möglicherweise auf der verkehrsreichen Straße einen Passanten treffen würde und hat er trotzdem dies billigend in der Erwägung geschossen, er wolle auf jeden Fall versuchen, sich zu retten, so hat er vorsätzlich gehandelt, andernfalls fahrlässig. Die Tat ist hier rechtswidrig, selbst dann, wenn man bei Tierangriffen § 53 StGB anwenden würde, denn die Handlung des A, die Erschießung des B (diese gehört als Erfolg zu der Handlung) und das Nichttreffen des Hundes, war nicht eine zur Abwehr des Angriffs geeignete und erforderliche Verteidigung[3]). Ebensowenig liegt § 54 StGB vor, denn das Nichttreffen des Hundes und das Treffen des Menschen war nicht

---

1a) Vgl. weiter RG 58 S. 97 ff., 226 ff. und RG 60 S. 101 ff.

2) Im ersten Fall kommt § 230 StGB, im zweiten § 303 StGB in Frage. Ob der Täter im zweiten Falle den objektiven Tatbestand des § 303 erfüllt hat, ist allerdings streitig, wird aber vom RG 34/204 im Gegensatz zu Frank § 303 II, 1 bejaht.

3) Anders wohl Frank § 53 II, der allerdings nur den Fall bringt, daß der Angreifer und ein Dritter verletzt werden, hier aber die Tat auch dann für rechtmäßig erklärt, wenn die Verletzung Dritter nach der Sachlage vermeidbar war.

Die Voraussetzung, daß die Handlung des Täters sich gegen den Angreifer richtet, ist erfüllt. Denn der Angegriffene wendet sich auch dann gegen den Angreifer, wenn er statt diesen einen Dritten trifft.

eine Handlung, die den Notstand beseitigen konnte. Auch der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund kommt nicht zur Anwendung, da die Handlung des A, so wie sie war, nicht ein richtiges Mittel zu einem staatlich anerkannten Zweck darstellte; denn die Handlung des A bestand in dem Erschießen des B (und dem Nichttreffen des Hundes). Diese Handlung ist aber nicht sozial nützlich.

Man könnte sich in der Praxis in diesen und anderen Fällen häufig damit helfen, daß man den Täter nicht anklagte oder das Verfahren einstellte, wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind, § 153 StPO. Aber einmal ist dieses nicht in allen Fällen möglich, und dann würde man damit das Problem, ob die Täter freigesprochen oder verurteilt werden müssen, umgehen, statt zu lösen. Unser Rechtsgefühl fordert jedenfalls (wenn auch nicht so gebieterisch wie in den Fällen des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes), daß sie freigesprochen werden müssen. Und in der Tat ist z. B. auch der Kutscher freigesprochen worden.

2. Die Rechtsquelle des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes.

Nachdem wir somit das Bedürfnis nach der Aufstellung des Begriffs dargetan haben, taucht die Frage auf, worauf wir den im Gesetz nicht vorgesehenen, einen Entschuldigungsgrund gewährenden Rechtssatz stützen können, d. h. die Frage, wo dieser Rechtssatz seine Qualität als Rechtssatz herbekommt, da ihm diese weder Gesetz noch Gewohnheitsrecht gewährt und die Wissenschaft nicht gewähren kann[4]).

---

4) Drost in Anm. zu RG JW 1933/1329: „Es ist gut, sich gegenüber solchen Spekulationen (Anerkennung des übergesetzlichen Notstandes als Entschuldigungsgrundes im Gebiete des Vorsatzes) bewußt zu bleiben, daß nicht die Wissenschaft, sondern nur der im Gesetz verkörperte Staatswille und daneben die tatsächliche Rechtspraxis des Lebens als Rechtsquelle anzusehen sind."

a) Versteht Drost unter der tatsächlichen Rechtspraxis des Lebens lediglich das Gewohnheitsrecht, so müßte er folgerecht auch den übergesetzlichen Notstand als Rechtfertigungsgrund ablehnen, — denn weder der abstrakte, den Rechtfertigungsgrund gewährende Rechtssatz noch etwa die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung ist durch Auslegung des Gesetzes oder durch Gewohnheitsrecht Rechtens. —

b) Versteht aber Drost (was unwahrscheinlich ist) etwa unter der tatsächlichen Rechtspraxis des Lebens auch die im Volke herrschenden Wertungen, so müßte er auch die Möglichkeit des übergesetzlicien Entschuldigungsgrundes anerkennen, und zwar würde die Möglichkeit zur Wirklichkeit, wenn ein solcher Entschuldigungsgrund den Wertungen im Volke entspräche.

Diese Frage, die wir uns oben bereits für den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund gestellt hatten, haben wir dort schon so beantwortet, daß dieser Rechtssatz im „ungesatzten Recht“ [5]) steht, d. h. in den Wertvorstellungen der herrschenden Schicht des Volkes. Wir verweisen somit auf diese Ausführungen, insbesondere darauf, daß wir auch die Frage nach dem übergesetzlichen Entschuldigungsgrund nicht mit dem Einwand abtun können, daß die Entschuldigungsgründe im Gesetz ausschließlich zum Ausdruck gekommen seien, denn dies wäre gerade zu beweisen: ein argumentum e contrario ist zwar einfach zu ziehen, ist aber, da mit demselben Recht eine Analogie gezogen werden kann, wenig überzeugend.

a) Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund als wertausfüllungsbedürftiger Satz.

Wir haben somit gesehen, daß die Aufstellung des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes sich nicht etwa deshalb verbietet, weil im Gesetz einzelne Entschuldigungsgründe aufgezählt sind. Nunmehr müssen wir prüfen, ob die Aufstellung eines solchen Begriffes den herrschenden Wertvorstellungen entspricht, müssen m. a. W. prüfen, ob der den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund enthaltende Satz wirklich auch auf Grund

---

Die Richtigkeit der unter a) gezogenen Konsequenz wird bestritten, z. B. von Baumgarten in Anm. zu RG JW 1933/1329. Dieser hält den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund für positiv-rechtlich. Dieses ist aber nur richtig, wenn er die Volksüberzeugung für positives Recht hält, — denn durch Gesetzesauslegung war der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund nicht zu gewinnen, es handelte sich dort um eine Lücke des Gesetzes. — Hält er diese aber für positives Recht, dann muß er auch den Entschuldigungsgrund unter der Voraussetzung anerkennen, daß er den Wertvorstellungen entspricht.

Im übrigen ist Baumgartens Ansicht, daß das RG dem Grundsatz des Rechtspositivismus treu bleiben wird, nicht richtig, wenn man zum positiven Recht nur Gesetz und Gewohnheitsrecht zählt. Das RG übt grundsätzlich eine rechtsschöpferische Tätigkeit praeter legem aus — allerdings nicht contra legem. Insofern hat Baumgarten Recht. Aber daß die Entschuldigungsgründe im Gesetz ausschließlich aufgezählt seien und somit die Anerkennung eines neuen contra legem wäre, hätte er beweisen müssen. Dieser Beweis ist nicht etwa durch den Hinweis erbracht, daß die Rechtfertigungsgründe in allen möglichen Gesetzen, die Entschuldigungsgründe grundsätzlich nur im StGB. stehen. Denn dieser Hinweis sagt nichts darüber, ob sie hier vollständig aufgezählt sind.

5) Reichel 109.

der Wertung der herrschenden Schicht ein Rechtssatz ist[6]). Damit wir dieses erkennen können, müssen wir wissen, was der den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund enthaltene Satz für einen Inhalt hat. Wir wissen bisher lediglich, daß die ohne sein Vorliegen schuldhafte Handlung durch ihn entschuldigt wird, wissen aber nicht, wann er vorliegt und was er im einzelnen besagt. Da er aber die Schuld ausschließt, also die Verneinung eines Begriffs darstellt, müssen wir zunächst sehen, was der verneinte Begriff bedeutet, d. h. was Schuld ist und weshalb sie zur Bestrafung eines Täters verlangt wird.

Bei der Frage nach dem Wesen der Schuld bekennen wir uns zur normativen Schuldlehre[7]). Wir sehen hiernach die Schuld des Täters beim Vorsatz nicht lediglich in psychologischen Beziehungen des Täters zur Tat, also in dem Wollen des Erfolges bei Kenntnis der Tatumstände und evtl. bei Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder Sozialschädlichkeit oder der Möglichkeit dieses Bewußtseins. Und wir sehen die Schuld bei der Fahrlässigkeit nicht lediglich in dem Verstoß des Täters gegen das Vorsichtsgebot. Wir verlangen vielmehr zur Schuld noch ein weiteres, das wir am zweckmäßigsten nicht in den Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsbegriff hineinnehmen, sondern daneben stellen[8]), so daß sich diese beiden Begriffe nur als Schuldformen, nicht als Schuldarten darstellen; wir verlangen nämlich neben Vorsatz und Fahrlässigkeit die Freiheit von einer Zwangslage. Wir sehen in der Schuld Vorwerfbarkeit und halten diese nur dann für gegeben, wenn der zurechnungsfähige Täter vorsätzlich oder fahrlässig und frei (d. h. ohne Zwangslage) gehandelt hat[9]).

---

6) Wir fassen den abstrakten Satz schon als Rechtssatz auf (nicht nur als Richtlinie für den einzelnen Fall also), nicht erst den mit Wertungen ausgefüllten Satz. Anders Wachinger JKV 31/107 beim übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund.

7) Bahnbrechend Frank (1907) „Ueber den Aufbau der Schuldlehre." Heute herrschend.

8) So auch RG 64/30 ff. Hier müssen wir aber beachten, daß, wenn der Gesetzgeber z. B. in den §§ 276, 823 BGB, §§ 303, 159 StGB von Vorsatz oder Fahrlässigkeit spricht, er den vorsätzlich schuldhaft und fahrlässig schuldhaft handelnden Täter meint.

9) Wachinger JKV 33/115; Hegler Z. 36/184 ff. Wir sehen das normative Schuldelement nicht etwa in dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Dieses fassen wir psychologisch auf. Es stellt das „Wollen des Nichtseinsollenden" dar, — im Gegensatz zu dem normativen Schuldelement, ohne welches das „Nichtseinsollende Wollen" fehlt. So zuerst Goldschmidt, Notstand 13. Weiter richtig Liszt-Schmidt 26 § 36 III, 4 S. 226 ff., Marcetus 6 u. a. Dies wird aber trotz der überzeugenden Darstellung Goldschmids nicht immer beachtet. So insbes. unrichtig: Dölle 106 ff.; Mayer 233 ff.; P. Merkel JW 1925/893 ff.; Hippel II § 21, 5 S. 279 und Berg S. 28. Die Frage, ob die Zumutbarkeit positiv zur Schuld gehört oder nur negativ die Schuld ausschließt, lassen wir als gänzlich unwichtig beiseite.

Daß die Schuld sich nicht in psychologischen Beziehungen erschöpft, können wir u. a. aus den §§ 52, 54 StGB erkennen: Hier erklärt der Strafgesetzgeber, daß der vorsätzlich oder fahrlässig[10]) handelnde Täter nicht schuldhaft handelt, wenn „diese Handlung in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist“ [11]). Das Gesetz sagt somit, daß in diesem Falle dem vorsätzlich rechtswidrig tatbestandsmäßig handelnden Täter die Tat nicht vorgeworfen werden kann, weil hier die Selbsterhaltungstriebe des Täters derart stark sind, daß seine Willensfreiheit, wenn auch nicht wie im § 51 StGB ausgeschlossen, so doch derart eingeschränkt ist, daß ihm nicht zugemutet werden kann, sich durch das Verbot der Rechtsordnung zu dem Unterlassen der rechtswidrigen Handlung zu motivieren[12]).

Das Gesetz verzichtet in diesen Fällen bewußt darauf, den Täter motivieren zu wollen, nicht etwa, weil es davon überzeugt ist, den Täter doch nicht motivieren zu können, sondern deshalb, weil es sich der Grenzen des Rechts bewußt ist, die darin bestehen, von dem Täter nichts zu verlangen, was ihm nicht zuzumuten ist. In diesen Notstandsfällen entfällt somit für den Täter das Sollen, das grundsätzlich von ihm verlangt wird[13]).

Nun sind in einzelnen Fällen, wie in denen etwa, die wir oben[14]) dargestellt haben, die Selbsterhaltungstriebe des Täters ebenfalls sehr stark und die Willensfreiheit derart eingeschränkt, daß ihm aus seinem rechtswidrigen Handeln oder aus dem Mangel seiner Motivation ebenfalls kein Vorwurf gemacht werden kann, ohne daß diese Fälle unter die Vorschriften des strafrechtlichen Notstandes fallen. Der übergesetzliche Notstand als Entschuldigungsgrund würde also, wenn wir ihn als Satz, dessen Qualität als Rechtssatz noch zu prüfen wäre, aufstellen, so formuliert werden müssen: Genau so wie die Tat des tatbestandsmäßig Handelnden trotz Nichtvorliegens eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes dann nicht rechtswidrig ist, wenn die Tat angemessenes Mittel zu staatlich anerkanntem Zwecke

---

10) Auch dem fahrlässigen Täter kann § 54 zugute kommen. So mit Recht Rabe S. 52 mit Lit.; wir lassen diesen Fall im Text aber gewöhnlich beiseite.

11) § 54 StGB.

12) So RG JW. 1933/1329.

13) „Und damit die Schuld, da ja der Widerspruch zu einem Sollen das Wesen der Schuld ausmacht.“ Rosenfeld Z. 32/477.

14) Vgl. oben 3. Kapitel, 1. Abschnitt, 1.

ist, so ist die Tat des vorsätzlich oder fahrlässig Handelnden trotz Nichtvorliegens eines gesetzlichen Entschuldigungsgrundes dann nicht schuldhaft, wenn der Täter in einer solchen Zwangslage gehandelt hat, daß ihm die richtige Motivierung nicht zuzumuten war.

Und dieser Satz ist auch Rechtssatz. Denn dieser Satz als solcher, d. h. als formaler Satz, entspricht den allgemeinen Wertvorstellungen. Dies können wir insbesondere daraus entnehmen, daß die Strafe nach allen Ansichten, die heute über den Zweck der Strafe aufgestellt sind[15]), für die unter diesen Satz fallenden Tatbestände keinen Sinn hat:

a) Sehen wir den Zweck der Strafe in der Spezialprävention, d. h. nehmen wir an, die Strafe solle die Allgemeinheit vor dem Verbrecher dadurch schützen, daß sie diesen bessert, oder dadurch, daß sie sich vor ihm, etwa durch Einschließung oder Hinrichtung, sichert, so dürfen wir einen Menschen nicht bestrafen, dem wir sein Tun nicht vorwerfen können.

Denn zu bessern brauchen wir ihn nicht. Er ist, da er ja nur das getan hat, was ein anderer an seiner Stelle auch getan hätte, nicht schlechter als ein anderer auch; und ebenso wenig brauchen wir uns vor ihm zu schützen. Denn schützen müssen wir uns nur vor einem gefährlichen Menschen. Daß dieser Täter aber gefährlich ist, geht aus seinem Handeln nicht hervor, weil diese Handlung seinem Charakter nicht adäquat ist, sondern nur aus den besonderen Umständen zu erklären ist, die in dem Täter die Motivationsspannung schufen.

b) Sehen wir den Zweck der Strafe in der Vergeltung, so dürfen wir den Täter ebenfalls nicht bestrafen. Denn wofür sollte der Täter, dem wir nichts vorwerfen können, büßen?

c) Nehmen wir schließlich an, die Gemeinschaft schützte sich vor Verbrechen durch die Strafe insofern, als diese durch Drohung und Vollzug unmittelbar auf die Gemeinschaft sozialpädagogisch und abschreckend einwirkte, sehen wir also den Zweck der Strafe in der Generalprävention, auch dann hätte die Bestrafung eines Menschen keinen Sinn, dem wir nichts vorzuwerfen haben. Denn erzieherisch kann die Strafe auf die Allgemeinheit nur dann wirken, wenn diese sieht, daß einer bestraft wird, dem etwas vorzuwerfen ist, nicht aber kann dies die Bestrafung eines Menschen erreichen, der in ihren Augen unschuldig ist, und ebenso wenig würde die Bestrafung eines

---

15) Wir können den Zweck der Strafe für das Wesen der Schuld heranziehen. So Schaffstein (Nichtzumutbarkeit) S. 32 6 und Anm. 1; Allfeld (Rechtsirrtum) S. 10 ff.

solchen Täters abschreckend wirken. Denn wie wir uns heute von der Auffassung entfernt haben, daß die harte und grausame Bestrafung eines Täters, der sich offensichtlich gegen das Strafgesetz vergangen hat, die Menschen von verbrecherischen Handlungen mehr als die mildere, aber gerechte und dem Empfinden des Volkes gemäße Strafe abschrecken würde — grausame Strafen reizen vielmehr die in jedem Menschen mindestens latent vorhandene Kriminalität[16]) —, so sind wir auch der Ansicht, daß die Bestrafung eines Täters, die der Allgemeinheit zum mindesten sehr bedenklich erscheinen würde, nicht mehr abschreckende Kraft hat als die Freisprechung[17]).

Daraus, daß somit die Strafe unseres Täters nach keiner Ansicht Zweck haben würde, die Strafe aber in allen sonstigen Fällen einen Zweck hat, können wir schließen, daß es an der Voraussetzung der Strafe, der Schuld, gefehlt hat, daß m. a. W. der die Nichtzumutbarkeit als übergesetzlichen Entschuldigungsgrund proklamierende Satz ein Rechtssatz ist.

b) Der übergesetzliche Entschuldigungsgrund als wertausgefüllter Satz.

Nunmehr müssen wir diesen formalen Grundsatz, um ihn auf den einzelnen Fall anwenden zu können, ausfüllen, und zwar mit den Wertungen, die im Gesetz vorhanden sind[18]), oder, wenn dieses versagt, mit den Wertungen, die den im Volke herrschenden Wertvorstellungen entsprechen.

Der Maßstab der Nichtzumutbarkeit ist objektiv und richtet sich nach dem Durchschnittsmenschen[19]). Wenn von diesem eine andere Motivation verlangt werden kann, hat der Täter schuldhaft gehandelt: „Das Können der anderen wird für den Täter zum Sollen“ [20]). Was man im einzelnen Fall von einem solchen Durchschnittsmenschen erwarten kann, ist eine schwer zu beantwortende Frage. Der einen Fall beurteilende Richter muß hier die rechte Mitte zwischen überspanntem Heroismus und übermäßiger Weichheit finden, muß sich vor allem bewußt sein, daß er dieses feine Mittel der Nichtzumutbarkeit nur in ganz besonders liegenden Fällen als letztes Mittel zur Ent-

---

16) Mezger, Lehrb. § 75 I, 1. S. 503 ff.

17) Schaffstein (Nichtzumutbarkeit) § 6 S. 41 ff. u. 79 äußert jedoch „generalpräventive Bedenken gegen die Zumutbarkeitslehre.“

18) Diese lassen sich aus den Strafdrohungen erkennen. Ueber deren Bedeutung s. oben *2.* Kapitel, 1. Abschnitt, 4. (Anm. *29.*)

19) Dieses ist allgemein anerkannt. So insbes. Liszt-Schmidt *26* § 36 III, *2* und § 42 II. Vgl. auch Goldschmidt, Festg. f. Frank I S. 453.

20) Goldschmidt, Festg. f. Frank I S. 453; Mannheim (Maßstab der Fahrlässigkeit) Strafr. Abh. Heft 157/43.

scheidung heranziehen darf, damit er nicht die Autorität des die Strafdrohung aussprechenden Staates erschüttert und die Strafjustiz zersetzt[21]).

---

21) Mezger § 49 II S. 373: „Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Nichtzumutbarkeit ist im Gebiete des fahrlässigen Handelns anerkanntes Recht". Vor allem erkennt auch das RG in seinen berühmten Entscheidungen 30/25, 36/18, 58/27 sein Bestehen an. Anders jedoch auch hier Schaffstein § 9 S. 70 ff.

Die Frage, ob dieser Entscheidungsgrund auch auf dem Gebiete des vorsätzlichen Handelns gilt, ist jedoch sehr bestritten. Freudenthal (Schuld und Vorwurf) 1 ff., Goldschmidt, Festg. f. Frank I S. 448 ff., Liszt-Schmidt 26 § 36, § 39 III, § 41 IV, 2 b und § 42, Mezger, Lehrb. § 49 S. 370 ff.; Siegert S. 44 ff. (53, 54) u. a. erkennen den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund auch hier an.

Frank 4. Abschnitt II 2 (S. 137) hält die Ansicht de lege ferenda für sehr beachtenswert, de lege lata aber für kaum haltbar.

Marcetus 58 ff. u. a. halten den Gedanken der Nichtzumutbarkeit im Gebiete des Vorsatzes für nicht anwendbar.

Lange war streitig, wie sich das RG zu dieser Frage verhielt. Viele meinten, das RG erkenne die Nichtzumutbarkeit allgemein an, sie wiesen zur Begründung ihrer Ansicht auf die Entscheidungen RG 58 Nr. 46, Nr. 106; 60 Nr. 43 usw. hin. Andere (Wachinger, Festg. f. Frank S. 495 u. 496 u. Drost Goltd. Arch. (1933) 77, Mai/Juni-Heft) bestritten dies. Heute hat das RG den Entschuldigungsgrund eindeutig für den Vorsatz in RG JW 1933 S. 1329 ff. abgelehnt. Hierdurch ist natürlich die Frage, ob das RG in seinen früheren Entscheidungen jedoch nicht das Gegenteil angenommen hat, nicht etwa beantwortet. Die Frage hat aber an Bedeutung verloren.

Die Nichtzumutbarkeit im Gebiete des Vorsatzes lehnenweiter ab: Baumgarten, Drost und Mayer in ihren Anmerkungen zu dieser Entscheidung und Schumacher S. 83 ff.

Die streitige Frage, ob es einen Widerspruch darstelle, wenn man die Nichtzumutbarkeit wohl bei der Fahrlässigkeit, aber nicht beim Vorsatz berücksichtige, mag dahingestellt bleiben.

Gegen die Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes im Gebiete des Vorsatzes werden die verschiedensten Bedenken erhoben:

Einmal richten sich diese gegen die normative Schuldauffassung, so Schumacher S. 83 ff., — aber daß die Schuld normativ ist, haben wir oben gesehen.

Weiter behauptet man (Baumgarten in Anm. RG JW 1933/1329), der Entschuldigungsgrund sei nicht rechtens, da er nicht auf einem Rechtssatz beruhe, — aber daß der Entschuldigungsgrund auf einem Rechtssatz beruht, haben wir ebenfalls gesehen.

Der wichtigste Einwand ist mehr rechtspolitischer Natur (Drost und Mayer in Anm. zu RG JW 1933/1239, Liepmann Z. 43/713). Man behauptet, die Anerkennung des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes beim Vorsatz führe zur Knochenerweichung des Rechts (Liepmann), sie zersetze die Strafrechtspflege (Mayer), sie sei individualistisch und liberal (Schaffstein, Nichtzumutbarkeit § 8 S. 60 ff).

Abschnitt 2.

Der übergesetzliche Notstand als Entschuldigungsgrund im bürgerlichen Recht.

1. Einheit des Schuldbegriffs im Straf- und Zivilrecht.

Nachdem wir somit das Bestehen und den Umfang des übergesetzlichen Notstandes im Strafrecht dargetan haben, prüfen wir die Frage, ob wir diesen Entschuldigungsgrund auch im bürgerlichen Recht anzuwenden haben. Auch hier ist, entsprechend der Prüfung der Anwendbarkeit des übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes im bürgerlichen Recht, zunächst zu untersuchen, ob in beiden Rechtsgebieten die Schuld dieselbe ist. Bejahen wir diese Frage, so findet der übergesetzliche Entschuldigungsgrund auch im bürgerlichen Recht Anwendung, während bei einer Verneinung nur eine entsprechende Anwendung in Betracht käme.

Die Rechtswidrigkeit war, sollte der Gesetzgeber sich nicht selbst widersprechend die Harmonie der Rechtsordnung stören, in beiden Gebieten dieselbe; daraus folgt aber keineswegs, daß auch die Schuld dieselbe sein müßte[22]): denn wenn auch, was objektiv verboten ist, seine Bedeutung im ganzen Recht haben muß, so können die Beziehungen des Täters zu seiner Tat in Anbetracht der verschiedenen Rechtsfolgen, Schadenersatzpflicht oder Strafe, verschieden ausgestaltet sein. Dies könnte weiter auch deshalb der Fall sein, weil die Schuld in den beiden Gebieten eine verschiedene Rolle spielt: im Strafrecht nimmt sie eine Zentralstellung ein, ohne sie ist keine Strafe möglich (nullum

---

Aber auch diese Bedenken sind nicht durchschlagend. Sie wären nur berechtigt, wenn man die Nichtzumutbarkeit mit falschen Wertungen ausfüllte, indem man die menschliche Schwäche zu sehr berücksichtige, wie dies etwa Freudenthal bei der Lösung seiner Fälle (bes. S. 18) getan hat. Aber daß der übergesetzliche Entschuldigungsgrund Gefahren mit sich bringt, ändert nichts an seiner Richtigkeit. Im übrigen ist der Entschuldigungsgrund auch nicht etwa liberal. Dies wäre er nur dann, wenn man ihn mit liberalen Wertungen ausfüllte. Siegert (Grdz.) S. 54: „Der richtig verstandene Zumutbarkeits- und Vorwerfbarkeitsbegriff führt eher zu einer Verschärfung als einer Erweichung des Strafrechts. Daß weiter dieser Begriff die Rechtssicherheit nicht mehr als der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund gefährdet, hat Goldschmidt (Festg. f. Frank I/453) dargetan. Die Einwendungen sind also nicht stichhaltig.

2) Dies betonen mit Recht: Graf zu Dohna DJT 34/II 491, 492, und H. A. Fischer DJT 34/ II 504.

crimen sine culpa) — im Zivilrecht ist sie unter mehreren eine, nicht immer erforderliche Bedingung für den Eintritt der Schadensersatzpflicht.

Gegen die Annahme eines einheitlichen Schuldbegriffs wird als wichtigstes Argument geltend gemacht, die Fahrlässigkeit sei im Strafrecht subjektiv, im Zivilrecht objektiv zu fassen, und daraus ließe sich erkennen, daß der Schuldbegriff ein völlig verschiedener sei[23]). Wenn bei diesem Einwand die beiden Prämissen richtig wären, würden wir den Schluß wahrscheinlich ziehen müssen. Es fragt sich aber, ob sie richtig sind.

Richtig ist die Ansicht, daß die Fahrlässigkeit im Strafrecht die Vernachlässigung der gebotenen und vom Täter zu erwartenden Vorsicht darstellt, d. h., daß die gebotene Sorgfalt sich nach einem objektiven Maßstab bestimmt, daß aber — und darauf kommt es an — die Frage, welche Sorgfalt vom Täter im einzelnen Falle zu erwarten ist, sich nach subjektiven Gesichtspunkten bestimmt, so daß ein Mensch, der infolge seiner Veranlagung nicht die nötigen Fähigkeiten hat, den objektiven Anforderungen zu genügen, nicht fahrlässig handelt. Diese Ansicht ist die einzig richtige, wenn auch nicht unbestrittene[24]), denn man kann einen Dummen nicht wegen seiner Dummheit bestrafen.

Eine andere Frage aber ist es, ob man einen Dummen nicht wegen seiner Dummheit haften lassen soll. Wir prüfen somit die zweite Prämisse, die Frage, wie die Fahrlässigkeit im Zivilrecht zu fassen ist. § 276 bestimmt, daß fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Er bestimmt also zum mindesten, daß die Sorgfalt objektiv zu fassen ist. Es fragt sich aber, ob § 276 eine erschöpfende Begriffsbestimmung darstellt, oder ob er nur den Maßstab der Sorgfalt feststellt, ohne auf die Frage einzugehen, ob und wann die Außerachtlassung der objektiven Sorgfalt verschuldet ist, so daß diese doch noch individuell bestimmt werden könnte.

Nimmt man an, § 276 definiere erschöpfend den Begriff der Fahrlässigkeit, so muß der die objektive Sorgfaltspflicht verletzende Mensch auch dann dem Verletzten haften, wenn er nach seinen durch die Veranlagung bestimmten Fähigkeitn nicht in der Lage war, das Schädliche der Handlung zu erkennen: der Täter haftet dann, ohne daß man ihm einen Vorwurf machen

---

23) So vor allem Rümelin (Verschulden) S. 36 ff. (38).

24) Mannheim (S. 42 ff.) und Hold von Ferneck (Idee der Schuld, S. 50 ff.) fassen die Fahrlässigkeit objektiv. Anders fassen alle, z. B. Liszt-Schmidt (25) § 41, IV, 1, b, mit Literaturangaben in Anm. 11 S. 262 und Frank § 59, VIII, 3.

könnte, d. h. die Fahrlässigkeit wäre dann keine Schuldform, sondern stellte eine Erfolgshaftung dar[25]). Nun wäre das zwar nicht so schlimm, denn die Zeiten, in denen man auf eine strenge Schuldhaftung stolz war und eine Haftung ohne Schuld für barbarisch hielt, sind vorüber[26]). Wir erkennen heute, daß es oft besser ist, den schuldlosen Täter, der rechtswidrig den Schaden verursacht hat, für den Schaden aufkommen zu lassen, als den an dem schädigenden Ereignis unbeteiligten Verletzten. So haben sich die Fälle der Gefährdungshaftung vermehrt, und so ist auch de lege ferenda der Vorschlag gemacht, den § 829 auf alle schuldlos Handelnden auszudehnen[27]). Wenn also auch die Folgerung, die Fahrlässigkeit sei eine Erfolgshaftung, nicht etwa ganz unbillig wäre, so ist die Ansicht, daß die Fahrlässigkeit keine Schuldform sei, doch nicht richtig. Denn grundsätzlich haben wir im bürgerlichen Recht die Schuldhaftung, die Erfolgshaftung stellt die Ausnahme dar. Hier in der Fahrlässigkeit eine solche Ausnahme erblicken zu wollen, wäre willkürlich[28]). Vor allem verlangt der Gesetzgeber aber für den Eintritt der Schadensersatzverpflichtung die Zurechnungsfähigkeit des Täters, d. h. seine Schuldfähigkeit. Was für einen Sinn hätte es aber, von einem Menschen die Schuldfähigkeit, d. h. die Möglichkeit zu verlangen, im allgemeinen schuldhafte Handlungen zu begehen, wenn es im einzelnen Falle (bei der Fahrlässigkeit) nicht auf die Schuld ankommen sollte? Dieser Gesichtspunkt allein widerlegt schon allein die objektive Fahrlässigkeitstheorie[29]).

Die Fahrlässigkeit ist somit im bürgerlichen Recht wie im Strafrecht subjektiv, d. h. die Sorgfalt ist objektiv und abstrakt zu bemessen, während für „alle vom Willen nicht abhängigen geistigen und körperlichen Eigenschaften nur die Individualität

---

25) So konsequent: Enneccerus (1904) § 196 II (3. Aufl.).
26) Graf zu Dohna DJT 34 II S. 492.
27) So wurde z. B. auf dem Juristentag 1926 die These aufgestellt: Die Billigkeitshaftung des § 829 ist auf alle Fälle unverschuldeter Schadensverursachung auszudehnen. DJT 34 II 414/415.
28) So mit Recht Planck-Siber (1914) § 276 2 b ß bb.
29) So mit Recht Dölle S. 115.

der betreffenden Personen entscheidend“ [30]) sein kann und ist[31]).

Der Einwand gegen die Annahme eines einheitlichen Schuldbegriffs, daß die Fahrlässigkeit in beiden Gebieten verschieden sei, ist somit widerlegt, und die daraus gezogene Folgerung, daß im Strafrecht die Schuld Vorwerfbarkeit, im Zivilrecht Abweichung des Täters von einem für sein Verhalten vorausgesetzten Normaltypus[32]) sei, fällt somit in sich zusammen.

Auch der Vorsatz ist in beiden Gebieten nicht verschieden. Zwar ist streitig, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder die Möglichkeit dieses Bewußtseins zu ihm (oder zur Schuld) gehört, — aber dies ist sowohl im bürgerlichen Recht wie im Strafrecht bestritten, nicht etwa mit Rücksicht auf die verschiedenen Aufgaben der beiden Rechtsgebiete.

Weiter wendet man gegen die Annahme eines einheitlichen Schuldbegriffs ein, der Vorsatz müsse sich im Strafrecht auf den Erfolg (bei den §§ 211 ff. StGB z. B. auf die Tötung) erstrecken, während er sich im Zivilrecht nicht auf den Erfolg (z. B. in den §§ 823 nicht auf den Schaden) zu beziehen brauche. Aber daraus, daß der Vorsatz in beiden Gebieten sich auf Verschiedenes bezieht, folgt nichts für das Wesen des Vorsatzes[33]).

Man wendet weiter ein, die actio libera in causa würde in beiden Gebieten verschieden behandelt[34]): im Strafrecht

---

30) Enneccerus I (1928) § 197 I 3 a S. 551, 552.

31) Dies hat Leonhard in der Festg. f. Enneccerus 1913 überzeugend dargetan.

So heute auch Enneccerus (1928) S. 551, 552, Dölle S. 113 ff., v. Tuhr II, 2, § 89 II (er betont in Anm. 63 die Einheit mit dem strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff), Planck-Siber (1914) § 276 2 b ß bb.

Anders viele, besonders Oertmann Leipz. Ztg. 1924 S. 241 ff.

Unsere Ansicht erschüttert nicht etwa die Verkehrssicherheit. Denn übernimmt jemand freiwillig eine Handlung, mit der die Gefahr eines Schadens für andere verbunden ist, ohne die erforderliche Kenntnis usw. zu haben, so liegt schon in dem Uebernehmen der Handlung regelmäßig ein Verschulden. Damit werden Oertmanns Bedenken beseitigt.

Enneccerus-Nipperdey (1931) § 197 I, 3 a u. b u. Anm. 6 betont mit Recht, daß die Praxis in gewissem Maße unserer Ansicht entgegenkommt, insofern sie die Verschiedenheit gewisser Gruppen von Menschen bei dem objektiven Erfordernis der Sorgfalt berücksichtigt. RG 96/17; 102/49; 126/331 usw.

32) Diese Ansicht hat in besonderer Schärfe Rümelin (Verschulden) vertreten. Er bestimmte die zivilrechtliche Schuld (S. 52) als: „Abweichung des zurechnungsfähigen Menschen von einem für sein Verhalten vorausgesetzten Normaltypus“. Die Konzession ans Subjektive, die in dem Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit steckt, erschüttert aber diese Ansicht. Dies betont Goldschmidt DJT 34 II 431.

33) Dölle 106.

34) Fuchs 13 ff.

handele der, der eine Handlung in einem Zustand der Zurechnungsfähigkeit begangen habe, vorsätzlich schuldhaft, wenn er sich in diesen Zustand versetzt hat, um in ihm die betreffende Handlung auszuführen; im bürgerlichen Recht hafte der Täter bei dieser Sachlage nach § 827 S. 2 nur wegen der Fahrlässigkeit[35]). Dieser Einwand ist aber ebenfalls unrichtig. Die Fälle dieser actio werden in beiden Gebieten gleich behandelt. Denn der § 827 normiert in Wirklichkeit die actio nicht, da bei dem unter ihn fallenden Tatbestand der Täter nicht schuldhaft in Beziehung auf die Handlung selbst zu handeln braucht, sondern nur in Beziehung auf die Herbeiführung dieses seines Zustandes; § 827 hat also seine Parallele nicht in der actio libera in causa, sondern im § 330 a StGB.

Weiter wendet man ein, daß es im Zivilrecht anders als im Strafrecht ein Verschulden gegen sich selbst gäbe und daß deshalb der Schuldbegriff verschieden sei. Aber dieser Einwand wiegt nicht schwer, da es in Wirklichkeit auch im Strafrecht, nämlich in den §§ 54, 213, 217 StGB ein Verschulden gegen sich selbst gibt[36]).

Von den weiteren Einwendungen[37]) soll besonders der hervorgehoben werden, daß, weil die Schuldfähigkeit verschieden geregelt sei, auch die Schuld einen andern Inhalt haben müsse. Die Schuldfähigkeit ist verschieden geregelt. Ein zehnjähriger, recht aufgeweckter Dieb würde evtl. nach bürgerlichem Recht schuldhaft, nach dem Strafrecht (JGG) schuldlos handeln. Aber auch aus den Verschiedenheiten der für die Schuldfähigkeit maßgebenden Altersstufen kann ein Argument gegen die innere Gleichheit der Zurechnungsfähigkeit und somit etwa gegen die Schuld nicht gewonnen werden, da die „Normen, welche die Altersstufen für die Schuldfähigkeit festsetzen, nur die Bedeutung unwiderleglicher Vermutungen haben, d. h. die tatsächliche Möglichkeit der Schuldfähigkeit einräumen, aber diese Alternative bei einer rechtlichen Betrachtung ausgeschaltet wissen wollen“ [38]).

---

35) Nach Liszt (Deliktsobligationen S. 50 ff.) u. a. enthält § 827 S. 2 die Parallele zur actio libera in causa. Dagegen mit Recht Warneyer (1930) I zu § 827; Reichel DJT 34 I 171 (bei Fuchs als anderer Ansicht zitiert) und auch Fuchs S. 13/14.

36) Dölle 112 u. Goldschmidt in DJT 34/II 430, 31. Anders Kadecka DJT 34 II 470.

37) Daraus, daß im § 1611 von sittlichem Verschulden die Rede ist, ergibt sich für unsere Frage nichts. So richtig Dölle 111, 112 und Goldschmidt DJT II/430 ff. Anders aber Kadecka DJT. 34 II 470.

38) Dölle 119, 120. Ueber weitere Einwände Dölle 99 ff.

Die Einwendungen gegen die Theorie der Einheitlichkeit des Schuldbegriffs haben sich somit nicht als stichhaltig erwiesen.

In Wirklichkeit ist der Schuldbegriff ein einheitlicher[39]): die Schuld stellt im Zivilrecht wie im Strafrecht die durch den Gedanken der Zumutbarkeit begrenzte Vorwerfbarkeit dar[40]).

Die Zumutbarkeit ist im bürgerlichen Recht heimisch; abgesehen von der Einzelvorschrift des § 1568, wo sogar der Gesetzgeber den Ausdruck gebraucht hat, stellt sie, besonders im Schuldrecht, einen ganz allgemeinen Gedanken dar. Und zwar wird sie mit der Lehre von der Unmöglichkeit in Beziehung gebracht. Daß sie hier eine große Bedeutung hat, ist allgemein anerkannt, im einzelnen ist jedoch vieles streitig[41]).

Einmal[42]) wird die Nichtzumutbarkeit der Unmöglichkeit gleichgestellt. Man faßt hier — abgesehen von Kleineidam[43]), der mit Hilfe seiner Kraftanstrengungstheorie[43a]) zu einem logischen Unmöglichkeitsbegriff zu kommen glaubt —, den Begriff der Unmöglichkeit nicht logisch oder physisch als „Notwendigkeit des Nichtgeschehens“ [44]) auf, sondern legt ihm eine spezielle juristische Bedeutung bei, derart, daß man auch jede theoretisch mögliche Leistung als unmöglich ansieht, deren Erfüllung solche Hindernisse im Wege stehen, daß sie dem Schuldner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden können.

Auf der anderen Seite[45]) trennt man mit Recht die Nichtzumutbarkeit von der Unmöglichkeit. Man betont, daß der Schuldner ja noch leisten könne, nur evtl. nicht zu leisten brauche. Hier hat man aber dem Schuldner, dem die Erfüllung nicht zuzumuten ist, ebenfalls zu helfen versucht, und zwar mit

---

39) Vor allem Dölle S. 113 ff.; Reichel DJT 34/I 171 ff. setzt dieses stillschweigend voraus; Goldschmidt DJT 34 II 430 ff.; Reichel zu OLG (Hamburg) JW 1933 S. 477 ff.; Hübernagel GS. 91/302, 303 u. a.

Anders Rümelin S. 33/34 u. S. 52. Aehnlich wie Rümelin Kadecka DJT 34 II 467 ff. Gegen ihn aber Graf zu Dohna in DJT 34/II 492 u. Dölle DJT 34 II 502.

40) Goldschmidt DJT 34 II 433.

41) Oertmann Vorbem. zu §§ 275—283 gibt einen Ueberblick über den Stand der Lehre.

42) Warneyer (1923) § 275; RGRKomm. II § 275 II; Staudinger II, 1 Vorbem. zu den §§ 275—283 A I 1.a u. a.

43) Kleineidam (Unmöglichkeit und Unvermögen) S. 14 ff. u. JJ 43/108 ff.

43a) Darüber Nipperdey S. 10 u. 11.

44) Hartmann, Obligation 172.

45) Krückmann, Az Pr. 101/1 ff.; JJ 57/1 ff.; Jacobi, JJ 75/82 ff.; Nipperdey 13 ff. (19), Sibert Grundriß, II § 24 II S. 93 u. a.

einer Einrede aus entgegenstehendem Interesse[46]), mit Kündigungs- oder Rücktrittsrechten aus wichtigen Gründen[47]) oder einfach unter Hinweis auf die §§ 242, 157. Diese die Unmöglichkeit von der Nichtzumutbarkeit trennende Ansicht hat den Vorteil, daß sie den einzelnen Fällen besser gerecht wird. Sie kann sich diesen besser anpassen als die starren Unmöglichkeitsvorschriften[49]).

Wir sehen somit, daß der Gedanke der Nichtzumutbarkeit im Gebiete des Schuldrechts als objektive Beschränkung des Leistungsbefehls eine große Role slpielt[50]).

Ebenso wird die Nichtzumutbarkeit im § 826 berücksichtigt, wonach derjenige, der gegen die guten Sitten verstoßend einem andern vorsätzlich einen Schaden zufügt, diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist: Der, dem ein anderes Handeln nicht zugemutet werden kann, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Denn bei der Frage, ob einer gegen die guten Sitten verstößt, kommt es zwar auf die subjektiven Vorstellungen des Täters von den guten Sitten nicht an — diese werden dem herrschenden sittlichen Bewußtsein des Volkes entnommen[51]) —, wohl aber kommt es auf die Gesinnung des Täters[52]) an: denn nicht der erfüllt den Tatbestand des § 826, dessen Handeln abstrakt, losgelöst vom Subjektiven, gegen die guten Sitten verstößt, sondern nur der ist nach § 826 verpflichtet, dessen Handeln mit Rücksicht auf die Lage, in der er sich befand (und deren Reflex im Subjektiven), gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen verstößt. So hat auch das RG[53]) die Entscheidung über die Haftung des Täters in § 826 darauf abgestellt, ob diesen ein Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens trifft oder nicht.

Die Zumutbarkeit spielt somit sowohl in den Vertrags- als auch in den Deliktschuldverhältnissen eine große Rolle, aber nicht bei der Frage der Schuld, sondern bei der Frage der Tatbestandsmäßigkeit oder, wenn wir hiervon im bürgerlichen Recht nicht sprechen wollen, jedenfalls im Gebiete der Rechtswidrigkeit, so daß die Frage nach der Schuld und einem etwaigen Schuld-

---

46) Krückmann Az Pr. 101/1 ff.
47) Oertmann Vorbem. zu den §§ 275—283 3 a γ ßß.
49) Die Anpassungsfähigkeit betont: Jacobi JJ 75/81 ff.; (Anm. auf S. 88).
50) Nipperdey 11.
51) Wieder eine andere Frage ist es, ob der Täter das Bewußtsein gehabt haben muß, daß seine Tat gegen die guten Sitten verstößt. Diese Frage, die ebenfalls bestritten ist, ist gegen die herrschende Lehre mit Dölle 110/111 zu bejahen.
52) RG JW 1912/290 ff. (292).
53) RG 72/108 ff. (112).

ausschließungsgrunde gar nicht auftaucht: denn der Täter, dem die Nichtzumutbarkeit zugute kommt, verletzt nicht etwa objektiv, aber ohne Schuld, den Vertrag[54]), sondern er verletzt den Vertrag überhaupt nicht: der Vertrag ist eben nur insoweit Vertrag, insoweit bindend, als die Leistung des Schuldners nicht überobligationsmäßig schwer wird — und ebenso wenig begeht der Täter, dem die Nichtzumutbarkeit zugute kommt, eine unerlaubte Handlung nach § 826, da es an der objektiven Voraussetzung des Verstoßes gegen die guten Sitten fehlt.

Die Funktion der Nichtzumutbarkeit bleibt aber dieselbe, mag sie unmittelbar im Gebiete der Schuld wirken oder über den Umweg der Tatbestandsmäßigkeit: sie begrenzt im Ergebnis die Vorwerfbarkeit.

Und die Zumutbarkeit, die im Gebiete der Vertragsschuldverhältnisse anerkannten Rechtes ist, vereinzelt auch bei § 826 hervorgehoben wird[55]), ist auch auf die unerlaubten Handlungen der §§ 823 ff. anzuwenden, da Schuld Vorwerfbarkeit ist (die entgegengestzte Ansicht haben wir oben bei der Fahrlässigkeit widerlegt) und die Nichtzumutbarkeit die Vorwerfbarkeit einschränkt: derjenige, dem ein anderes Handeln oder eine andere Motivation nicht zuzumuten ist, handelt auch im bürgerlichen Recht nicht schuldhaft.

Hier kann nicht eingewandt werden, Inhalt der Schuld sei zwar in beiden Gebieten eine Vorwerfbarkeit, diese sei aber in den beiden Gebieten verschieden. Denn man kann dem Täter nicht etwa eine Handlung im Hinblick auf die Straffolgen nicht zumuten, wohl aber im Hinblick auf die bürgerlichen Unrechtsfolgen, — dies wäre ein Widerspruch. Eine andere Frage, die aber den Inhalt oder den Grad der durch Zumutbarkeit begrenzten Vorwerfbarkeit unberührt läßt, ist die, ob der Täter für den Schaden aufkommen muß, den er einem anderen, ohne daß man ihm dies vorwerfen könnte, zugefügt hat.

Steht somit fest, daß der übergesetzliche Notstand als Schuldausschließungsgrund wegen der Einheit des Schuldbegriffs auch im bürgerlichen Recht anzuwenden ist, so ist damit nicht gesagt, daß auch die §§ 52, 53 III, 54 StGB unmittelbar im bürgerlichen Recht Bedeutung haben. Zwar will der Gesetzgeber, daß die Täter straffrei sind, weil ihnen die Schuld wegen Nichtzumutbarkeit anderer Motivation fehlt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß ihnen im konkreten Einzelfall eine andere Motivation doch zuzumuten war[57]). Im Strafrecht darf dies dann

54) Vgl. aber auch Goldschmidt DJT 34/II Seite 433.
55) Fuchs 8.
57) Siegert 60, 61.

nicht berücksichtigt werden, wohl aber im bürgerlichen Recht. Wie die Schuldfähigkeit in beiden Gebieten dieselbe war, obwohl im Strafrecht die Jugendlichkeit und somit die Möglichkeit der Verantwortung mit vierzehn Jahren, im bürgerlichen Recht dagegen schon mit sieben Jahren begann, so ist die Schuld-Vorwerfbarkeit in beiden Gebieten dieselbe, nur daß im Strafrecht unwiderleglich vermutet wird, daß, wenn die Voraussetzungen der §§ 52, 53 III, 54 vorliegen, die Pflichtwidrigkeit der Motivation und somit der Schuld entfällt, während dies im bürgerlichen Recht noch besonders geprüft werden muß[58])[59]).

Abschnitt 2.

Wirkungen des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes im bürgerlichen Recht für die Frage des Schadenersatzes.

Da der im übergesetzlichen Notstand Handelnde nicht schuldhaft handelt, haftet er nicht nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen.

Davon zu trennen ist die Frage, ob der Täter nicht aus einem anderen Grunde haftet. Bevor wir die entsprechende Anwendung des § 904 S. 2 durch die Untersuchung in Betracht ziehen, ob der dort für den Notstand des § 904 ausgesprochene Gedanke wie für den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund so auch für den übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund paßt, prüfen wir zunächst, ob die Berücksichtigung der Zumutbarkeit in den Deliktsschuldverhältnissen des § 826 und den Vertragsschuld-

---

58) Daß die Schuldlosigkeit in den Fällen der §§ 52/54 unwiderleglich vermutet wird, nehmen auch Liszt-Schmidt 26 § 42 IV 1 S. 285, Salomon 15 und Siegert 60 an. Siegert Grdz. S. 54/55 hält die Schuldlosigkeitsvermutung der §§ 52/54 StGB für widerlegbar. Wir brauchen uns mit dieser (u. E. verfehlten) Ansicht nicht auseinanderzusetzen, da nach dieser Ansicht die Schuld in beiden Gebieten erst recht dieselbe ist.

59) Die bei weitem herrschende Lehre wendet die §§ 52/54 StGB im BGB nicht an, sie läßt also den im Notstand dieser Paragraphen Handelnden nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haften. Sie begründet ihre Ansicht gewöhnlich nur damit, daß bei diesen Paragraphen die Widerrechtlichkeit nicht ausgeschlossen sei, und geht auf die Frage der Schuld überhaupt nicht ein. So z. B. Staudinger § 228 3, § 227 4. RGR-Komm. § 227 3; Soergel (1929) § 228 III, § 227 I b; Enneccerus (1928) § 222 S. 621 ff.; Oertmann § 228 Ziff. 5 usw. usw. Die herrschende Lehre hätte nur Recht, wenn die §§ 52/54 persönliche Strafausschließungsgründe seien. Daß sie dieses aber nicht sind, haben wir oben S. 3 f. gesehen.

Andererseits nehmen Dölle 133, Reichel DJT 34 I 175, Hubernagel GS 91/303 ff. von der Einheit der Schuld ausgehend an, daß die §§ 52/54 StGB im BGB notwendig Anwendung finden müßten, wenn sie Schuldausschließungsgründe darstellen. Auch dies ist also nicht richtig.

Dasselbe gilt vom § 53 III StGB, dem Notwehrexzeß.

verhältnissen eine Schadensersatzverpflichtung zur Folge hat und ob wir daraus etwas für unsere Frage schließen können.

Bei dem § 826 haftet der Täter, dem eine andere Motivation nicht zuzumuten war, nicht: denn der Tatbestand des § 826 liegt nicht vor, und eine entsprechende Anwendung des § 904 S. 2 — das einzige, woran man denken könnte — paßt offensichtlich nicht.

Bei den Vertragsschuldverhältnissen ist die Frage des Ersatzes im einzelnen bestritten. Hier läßt man zwar ganz allgemein den Schuldner nicht stets auf das positive Interesse haften, denn dann hätte die Aufstellung des Begriffs der Nichtzumutbarkeit überhaupt keinen Sinn. Aber einmal[60]) wird die Ansicht vertreten, daß der Schuldner, der sich auf die Nichtzumutbarkeit beruft, dem Gläubiger das negative Interesse ersetzen müsse, ebenso wie der wegen Irrtums Anfechtende. Diese Ansicht müssen wir allerdings, da wir in der Nichtzumutbarkeit eine objektive Begrenzung des Leistungsbefehls[61]) sehen, ablehnen. Weiter hat man[62]) behauptet, es komme auf den einzelnen Fall an, ob der Schuldner ohne weiteres oder nur gegen Erbietung von Geldentschädigung die Einreden aus Gegeninteressen geltend machen könne, so daß also der Schuldner unter Umständen den Gläubiger auch dann entschädigen müsse, wenn er die die Nichtzumutbarkeit begründenden Umstände nicht zu vertreten habe. Nach anderer Ansicht[63]) werden die Vorschriften über die Unmöglichkeit entsprechend angewandt und nach wieder anderer Ansicht[64]) haftet der Schuldner, dem eine Leistung nicht zuzumuten ist, auch dann nicht, wenn er die zur Nichtzumutbarkeit führenden Umstände zu vertreten hat, — wobei aber betont wird, daß dem Schuldner, der das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verschuldet hat, gewöhnlich die Leistung zuzumuten ist.

Wie dem auch sei, daraus, daß die Nichtzumutbarkeit bei § 826 niemals, bei den Vertragsschuldverhältnissen nur unter Umständen mit einer Schadensersatzverpflichtung verbunden ist, folgt nichts für unsere Frage. Denn dort wird schon die Tatbestandsmäßigkeit der Verletzung verneint und hier erst die

---

60) Eckstein BürgA. 37/442 ff. (545); vgl. auch Rabel, S. 62/63 Anm. 2; dagegen Krückmann JJ 59/280 f.

61) Nipperdey Anm. 23 S. 37.

62) Planck 3. Aufl. (1907) § 275 1 u. a. mit Hinweis auf § 904 S. 2.

63) Planck-Siber (1914) Vorbem. III, 3 c zu den §§ 275—292 im Gegensatz zu den früheren Auflagen: er betont, daß aus § 904 S. 2. nichts zu schließen sei. Jacobi JJ 75/89 Anm. 1.

64) Nipperdey Anm. 47 S. 41, 42.

Schuld, und das bedeutet mehr als einen methodischen Unterschied. Eine Verpflichtung des Schuldners bei dem Vertrag besteht nur, soweit die Leistung später nicht objektiv unmöglich wird oder mit außerordentlichen Schwierigkeiten zu erbringen ist: Inhalt des Vertrages ist die obligationsmäßige Leistung. Und die Handlung in § 826 ist an sich nicht widerrechtlich[65]), sie wird es erst dadurch, daß sie unter § 826 fällt.

In beiden Fällen liegt also die Sache ganz anders als in unserm Fall, so daß wir aus den dortigen Ergebnissen nichts für uns schließen dürfen. So kommen wir endlich zu der Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 904 S. 2 in Betracht kommt.

Eine solche entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen ist zu bejahen. Denn wenn schon derjenige, der einen anerkannten Zweck mit angemessenen Mitteln erfüllend objektiv überwiegende eigene Interessen auf Kosten von fremden Interessen rettet, dem Täter Schadensersatz leisten muß, so muß derjenige, der nur subjektiv überwiegend und (objektiv) gebilligte Interessen[66]) auf Kosten von fremden Interessen rettet, dem Verletzten den Schaden erst recht ersetzen[67]).

Fassen wir das Ergebnis zusammen! Der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund und der übergesetzliche Entschuldigungsgrund finden im bürgerlichen Recht Anwendung: der Täter handelt bei ihrem Vorliegen nicht widerrechtlich bzw. nicht schuldhaft; er haftet nicht nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, ist aber nach entsprechender Anwendung des § 904 S. 2 dem Verletzten zum Schadensersatz verpflichtet, — dies alles natürlich unter der Voraussetzung, daß der Notstand tatsächlich vorliegt. Welche Wirkungen es hat, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, der Täter sie aber irrig annimmt, soll im folgenden Kapitel dargestellt werden.

---

65) So mit Recht Dölle S. 110.

66) Goldschmidt, Notstand 7.

67) Diejenigen, die die § 52, 54 StGB. unmittelbar wegen Einheitlichkeit des Schuldbegriffs anwenden, lassen den Täter auch nach den §§ 904 S. 2 haften, ohne aber zu berücksichtigen, daß die Haftung aus § 823 einen anderen Umfang hat wie die aus § 904 S. 2.

Reichel DJT 34 I S. 175, Goldschmidt DJT 34 II 441: „allerdings ist die Frage . . . für die bürgerlich-rechtlichen Folgen gleichgültig. Dölle S. 133 läßt nicht klar erkennen, ob er den Notstandstäter des § 54 nach § 823 oder § 904 haften lassen will.

Kapitel 4.

Der übergesetzliche Putativnotstand.

1. Abschnitt.

Der übergesetzliche putative Rechtfertigungsgrund.

1. Im Strafrecht.

Der Täter, der irrigerweise die Voraussetzungen eines übergesetzlichen Notstandes angenommen hat, handelt stets widerrechtlich, vielleicht nicht schuldhaft. Trotzdem sind die Wirkungen des Putativnotstandes bei irriger Annahme eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes gesondert von dem Fall der irrigen Annahme eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes zu betrachten, da in beiden Fällen, wenn im Ergebnis auch die Schuld, so doch verschiedene Schuldelemente ausgeschlossen sein können. So könnte bei Annahme des Rechtfertigungsgrundes vielleicht der Vorsatz ausgeschlossen ein, bei Annahme des Entschuldigungsgrundes dagegen nicht. Denn wenn bei wirklichem Vorliegen des Entschuldigungsgrundes der Vorsatz unberührt bleibt, so kann das bei irriger Annahme nicht anders sein[1])[2]).

---

1) S. oben 3. Kapitel, 1. Abschnitt 2, c. Dies ist der Normalfall. Ueber Ausnahmen s. unten 4. Kapitel, 3. Abschnitt, 2.

2) Wir lehnen somit eine einheitliche Behandlung der putativen Notstände, wie sie z. B. Bergenroth S. 52 ff. (67) versucht hat, ab.

Bergenroth stellt den Begriff des Verbotenseins auf, der Rechtswidrigkeit und Schuld umfaßt (S. 54), und glaubt, daß dem in einem Putativnotstand handelnden Täter stets das (normative!) Bewußtsein des Verbotenseins fehle.

Das Bewußtsein des Verbotenseins muß sich also auf das Verbotensein und somit auch auf die zum Verbotensein gehörige Schuld erstrecken, — eine Konsequenz, die Bergeroth nicht zieht, die er aber hätte ziehen müssen.

Bei Bergeroth fehlt dem Täter beim Vorliegen des § 54 StGB die Schuld und somit der Handlung das Verbotensein; bei bloß vermeintlichem Vorliegen fehlt dem Täter das Bewußtsein des Verbotenseins. Da aber das Bewußtsein des Verbotenseins zur Schuld gehört, war die Tat gar nicht verboten; die Tat war also deshalb nicht verboten, weil der Täter nicht das Bewußtsein hatte, daß sie verboten sei. Wir sehen schon hieraus, daß die Aufstellung dieses Begriffs keineswegs zur Klarheit führt, die in diesem Gebiet „der strittigen Fälle" und der „strittigen Konstruktionen" (M. E. Mayer) dringend erforderlich ist.

Wir untersuchen zunächst die Wirkungen des irrig angenommenen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes im Strafrecht.

Da der Irrtum die Schuld mit negativem Vorzeichen[3]) darstellt und über die Schuldlehre sehr viele Auffassungen vertreten werden, sind diese Wirkungen sehr bestritten.

Nehmen wir an, zum Vorsatz gehöre das Wollen des Erfolges in Kenntnis der Tatumstände und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit[4]), so wird der Vorsatz stets ausgeschlossen, sei es, daß der Täter Tatsachen annimmt, die, wenn sie vorlägen, die Rechtswidrigkeit beseitigten[5]), sei es, daß sich der Täter über rechtliche Begriffe falsche Vorstellungen macht. In beiden Fällen bleibt bei Vermeidbarkeit des Irrtums Bestrafung wegen Fahrlässigkeit übrig[6]).

Verlangen wir[7]) dagegen zum Vorsatz neben dem Wollen des Erfolges in Kenntnis der Tatumstände nur die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, so wird der Vorsatz nur ausgeschlossen, wenn der Irrtum vermeidbar war, ohne daß es wiederum darauf ankommt, ob der Irrtum sich auf Tatsachen oder rechtliche Vorstellungen erstreckt. Hiernach wäre also der in vermeidbarem Putativnotstand Handelnde wegen vorsätzlichen Handelns strafbar.

Nehmen wir[8]) weiter an, zum Vorsatz gehöre lediglich das Wollen des Erfolgs in Kenntnis der Tatumstände, so ist der Irrtum, was den Vorsatz angeht, unbeachtlich. Es könnte dann allerdings noch die Schuld ausgeschlossen werden, und hier ergäben sich wieder verschiedene Ergebnisse, je nachdem wir zur vorsätzlichen Schuld neben dem Vorsatz noch das Bewußtsein

---

3) Frank § 59.

4) Die streitige Frage, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich ist oder das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit oder Sozialschädlichkeit ausreicht, lassen wir dahingestellt. Wir verwenden den Ausdruck Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, ohne zu der Streitfrage Stellung zu nehmen. Literatur über die Streitfrage bei Frank § 59, III, 2.

5) Dies ist der Normalfall. Ueber Ausnahmen 4. Kapitel, 3. Abschnitt, 1.

6) Die beiden Fahrlässigkeiten werden auch Tatfahrlässigkeit und Rechtsfahrlässigkeit genannt, vgl. Beling (Verbrechen) 191 ff., und Codex iuris canonici can. 2202/2203. Berg 33.

7) Mit A. Merkel (Lehrb.) 66 ff. und Rümelin Z. 41 495 ff. Weitere Literaturangaben bei Berg § 11 Anm. 1 S. 34/35 und Siegert S. 17. (Anm. 2.)

8) Z. B. P. Merkel JW 1925 S. 893 ff. (896); Liszt 10 (1900) § 39 S. 148 ff, § 41 S. 157 ff.

der Rechtswidrigkeit[9]) oder nur die Möglichkeit[10]) des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit verlangten.

Abgesehen von diesen Konstruktionen nehmen andere an, daß die Annahme von Tatsachen, die, wenn sie vorlägen, die Rechtswidrigkeit beseitigten, den Vorsatz stets ausschließe, wobei aber evtl. noch eine Verurteilung wegen Fahrlässigkeit übrig bliebe. Sie stehen aber auf dem Standpunkt, daß irrige Vorstellungen über rechtliche Begriffe den Vorsatz gar nicht (dann möglicherweise aber noch die Schuld[11])) oder doch nur bei Entschuldbarkeit des Irrtums ausschlössen[12]), wobei zum Teil wieder bei den falschen rechtlichen Vorstellungen Unterscheidungen gemacht werden[13]).

---

9) So verlangt Liszt 10 (1900) § 41 II überall dort, wo das Gesetz das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aufgenommen hat, neben dem Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Sonst hält Liszt dieses Bewußtsein nicht für erforderlich, so daß also der in schuldloser Putativnotwehr Handelnde wegen vorsätzlich schuldhafter Handlung strafbar sein kann.

10) Neuerdings wird diese Ansicht häufiger vertreten. P. Merkel JW 1925 S. 893 ff. und ihm folgend Berg S. 46 ff. meinen, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder die Möglichkeit dieses Bewußtseins könne man nicht zum Vorsatz verlangen, da dieser, wie im Sprachgebrauch des täglichen Lebens, lediglich das Wollen des Erfolges in Kenntnis der Tatumstände darstelle. Man komme allerdings, da Schuld = Vorwerfbarkeit sei, ohne diese Begriffe nicht aus. Es genüge aber, die Möglichkeit dieses Bewußtseins zur Schuld zu verlangen, da man, wenn dieses vorhanden sei, dem Täter eben vorwerfen könne, daß er dieses Bewußtsein nicht gehabt habe. (Diese Lehre geht davon aus, daß die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit etwas Normatives sei. Dieses ist aber nicht richtig. Da das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit etwas rein Psychologisches darstellt, so ist die Möglichkeit dieses Bewußtseins die Möglichkeit von psychologischen Beziehungen.) Man muß nach dieser Lehre also zur Schuld verlangen: 1. Vorsatz oder Fahrlässigkeit, 2. Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit und 3. (da ja die §§ 52/54 StGB auch noch berücksichtigt werden müssen) Freiheit von einer Zwangslage. Dagegen unten.

11) Grünhut Z. 51 S. 465.

12) Frank § 59 III, 2 S. 185: Annahme von Tatsachen, die, wenn sie vorliegen, die Rechtswidrigkeit beseitigen, schließen stets den Vorsatz (nicht etwa andere Schuldelemente) aus (dies sei selbstverständlich, wenn man die Theorie der negativen Tatumstände verträte, müsse aber auch bei Ablehnung dieser Theorie angenommen werden), im übrigen schließt der Irrtum den Vorsatz nur aus, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

13) Das RG verlangt zum Vorsatz nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (ob es dies ausnahmsweise doch tut, wenn im Tatbestand des betr. Delikts die Notwendigkeit der Rechtswidrigkeit besonders hervorgehoben ist, mag dahingestellt bleiben). Trotzdem schließt die irrige Annahme von Tatsachen, die, wenn sie vorliegen, die Rechtswidrigkeit beseitigen, nach dem RG den Vorsatz (nicht etwa andere Schuldelemente)

Wir nehmen an, daß zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört — der Irrtum schließt hiernach stets den Vorsatz, unter Umständen die Fahrlässigkeit aus —, und zwar verlangen wir dieses Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, dessen Annahme irgendeine gesetzliche Vorschrift nicht entgegensteht, da § 59 StGB keine Definition des Vorsatzes darstellt, aus folgenden Gründen:

Das Gesetz trennt den vorsätzlich schuldhaft Handelnden vom nur fahrlässig schuldhaft Handelnden und verlangt vom ersten Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände, § 59 StGB., bestraft aber auch bei Unkenntnis der Tatumstände und Vermeidbarkeit dieses Irrtums, dann aber nur wegen Fahrlässigkeit.

Der tiefere Grund, weshalb der, der die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände nicht kennt, nicht wegen Vorsatzes bestraft wird, ist der, daß dieser Täter nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hatte (obwohl er es hätte haben können).

Diese Ansicht ergibt sich aus folgenden Gründen: . . .„Wer einen Vorwurf ausspricht, der gibt damit kund, daß er das Wirksamkeitswerden von Hemmungsvorstellungen in der Seele des Täters vermißt. Eine Hemmungsvorstellung im Sinne des Rechts kann aber nie etwas anderes sein, als die Vorstellung der Unerlaubtheit der Handlung . . . Die Vorstellung, daß man durch sein Handeln einen Menschen töte . . ., ist . . . nicht berufen . . ., das Handeln zu hemmen. Durch solche Vorstellungen per se braucht sich niemand von der Verwirklichung (des Tatbestandes) abhalten zu lassen . . . M. a. W.: als Hemmungsvorstellung kommt die Vorstellung, daß man einen Tatbestand verwirkliche, nur in Verbindung mit der Vorstellung , daß man dies unerlaubtermaßen tue, in Betracht." [14].

---

aus, was nur dann keinen Widerspruch bedeutet, wenn das RG die Lehre von den negativen Tatumständen vertritt. Diese Lehre ist aber unrichtig (Literatur bei Frank III zum 4. Abschnitt), besonders deshalb, weil der Täter bei Begehung eines Delikts sich dann positiv vorstellen müßte, daß Rechtfertigungsgründe nicht vorlägen, und immer dann, wenn er sich, was die Regel darstellt, keine Vorstellung darüber gemacht hat, nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden könnte.

Weiter behandelt das RG den außerstrafrechtlichen Irrtum wie einen Irrtum über Tatsachen und hält den strafrechtlichen Irrtum für unbeachtlich. Diese Ansicht wird von der Wissenschaft ganz allgemein mit Recht abgelehnt: Literaturangaben bei Siegert S. 69 Anm. 2.

14) Beling (Unschuld) S. 32/33. Frank § 59 III, 2 S. 186. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt auch Schäfer (Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission) S. 51 mit ähnlicher Begründung.

Wie somit die Kenntnis von Tatsachen den Vorwurf nicht begründen kann, so kann auch die Unkenntnis von Tatsachen nicht erklären, warum der Vorwurf ausgeschlossen ist. Der Folgerung: wir werfen einem Menschen, der gar nicht wußte, daß er einen Menschen tötete, sein Tun deshalb nicht als vorsätzlich schuldhaftes vor, weil er nicht wußte, daß er getötet hat — fehlt zur inneren Schlüssigkeit das Zwischenglied der Vorstellung des Unerlaubtseins. Wir werfen also diesem Menschen sein Tun deshalb nicht als vorsätzlich schuldhaftes vor, weil er nicht wußte, daß er etwas Unrechtes tat. Und er wußte nicht, da er etwas Unrechtes tat, weil er garnicht wußte, daß er tötete.

Der Tatirrtum — wobei wir im Anschluß an die Terminologie Graf zu Dohnas (Recht und Irrtum S. 17 ff. 20) unter Tatirrtum den Irrtum über Tatbestandsmerkmale, unter Rechtsirrtum den Irrtum über die Rechtswidrigkeit verstehen —, ist also auch Rechtsirrtum, er ist Rechtsirrtum bei Unkenntnis der Tatumstände[15]).

Da das Gesetz den im Rechtsirrtum wegen Unkenntnis der Tatumstände Handelnden nicht vorsätzlich handeln läßt und den im sonstigen Rechtsirrtum Handelnden nicht besonders behandelt, ergibt sich aus den im Gesetz vollzogenen Wertungen, daß auch der im sonstigen Rechtsirrtum Handelnde nicht vorsätzlich schuldhaft handelt.

Die Ansicht, daß zum Vorsatz zwar die Kenntnis der Tatumstände, aber nur die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gehöre, verstößt gegen die Wertungen des Gesetzes[16]),

---

15) a) Graf zu Dohna (Recht und Irrtum) S. 18 ff., 25. Dieser lehnt aber unser Ergebnis ab.

b) Eine ähnliche Ansicht vertritt Sauer (Grundlagen) S. 532 ff. (542), der es jedoch nicht auf das psychologische Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, sondern auf die normative Bewertung der Handlung durch den Täter abstellt, der also in der Schuld das Urteil der Gemeinschaft über das Urteil des Täters sieht.

c) Unsere Ansicht, daß der Vorsatz letzten Endes das Haben des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit und die Fahrlässigkeit des Habenkönnens dieses Bewußtseins darstellt, wird u. a. von Berg S. 37 (im Anschluß an M. E. Mayer) mit dem Einwand bekämpft, daß auch der bewußt fahrlässig Handelnde das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit habe. Der Knecht, der mit einer brennenden Pfeife in die Scheune gehe und sich vorstelle, die Scheune könne dadurch in Brand geraten, aber glaube, dies träte schon nicht ein, habe das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, wenn die Scheune wirklich in Brand geriete. Dieser Einwand ist aber unrichtig. Der Knecht hat hier lediglich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bezüglich des „In-die-Scheune-gehens-mit-Pfeife", nicht aber bezüglich der Brandstiftung. Hielte man aber dieses Bewußtsein für die Brandstiftung als ausreichend, so müßte man die Theorie von dem versari in re illicita vertreten.

16) Nach Mezger (Lehrb.) 334, 335 verstößt diese Ansicht auch gegen die lex lata, er hält sie de lege feranda für beachtenswert.

denn der Tatirrtum ist auch Rechtsirrtum, den privilegiert zu behandeln ein innerer Grund fehlt[17]).

Der Arzt[18]), der eine Schwangerschaft unterbricht, weil er irrig glaubt, ohne seinen Eingriff würde die Mutter sterben, kann also nach unserer Ansicht nicht bestraft werden, — ebensowenig wie der Arzt, der eine Schwangerschaft unterbricht, weil er sieht, daß diese Entbindung der Mutter sehr große Schmerzen bereiten wird, und er glaubt, nach den herrschenden Wertvorstellungen dürfe er in einem solchen Falle den Eingriff vornehmen.

2. Im bürgerlichen Recht.

Wenn wir das unter 1) gefundene Ergebnis auf das bürgerliche Recht anwenden, so würde der fahrlässig den übergesetzlichen Notstand als Rechtfertigungsgrund annehmende Täter nach den §§ 823 ff. haften, — dies ist auch billig. Der schuldlos Irrende würde aber nicht verpflichtet sein, denn § 823 ist wegen mangelnder Schuld, § 904 wegen mangelnden Tatbestandes nicht anwendbar. Dies ist aber unbillig; denn der, dem der übergesetzliche Notstand wirklich zur Seite steht, darf nicht schlechter stehen als der, der sein Vorliegen schuldlos annimmt.

---

17) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangen zum Vorsatz: Allfeld 166; Baumgarten (Aufbau) 179; Beling (Grundzüge) 45; Binding (Normen) 2 S. 403; Finger I/261; Gerland S. 100, 101; Hefter S. 118; Liszt-Schmidt § 39 S. 242; Lobe Leipz. Komm. Einl. 49 ff.; Rosenfeld Z. 32/488; Siegert 78 ff. u. a. Weitere Literatur bei Berg § 9 S. 25 ff.

Gegen diese Ansicht wird geltend gemacht (Literatur bei Berg S. 32 ff.), der hier vertretene Vorsatzbegriff decke sich nicht mit dem des täglichen Lebens und widerspreche dem Sprachgebrauch. Selbst wenn dies richtig wäre, würde das aber an der Richtigkeit unserer Ansicht nichts ändern. Denn es ist durchaus nicht erforderlich, daß der Vorsatz im jur. Sinne sich mit dem des täglichen Lebens deckt und den allgemeinen Sprachgebrauch für sich hat.

Ernster ist schon der Einwand, daß nach unserer Ansicht viele Schuldige freigesprochen werden müßten, da man ihnen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht nachweisen könnte. Abgesehen von den schon von Siegert S. 79 mit Recht gegen diesen Einwand angeführten Gründen ist aber hervorzuheben, daß man in vielen Fällen auf Grund richterlicher Beweiswürdigung (nicht etwa Schuldvermutungen) ein solches Bewußtsein beim Täter als vorhanden ansehen kann. Es mag zwar im einzelnen Fall schwer sein, dem Täter dieses Bewußtsein nachzuweisen, aber das ändert nichts an der Richtigkeit unserer Ansicht. Die gegenteilige Meinung kommt auf eine Verdachtsstrafe hinaus. Im übrigen muß auch der Täter freigesprochen werden, dem man beim Diebstahl etwa nicht nachweisen kann, daß er die Fremdheit der Sache gekannt hat.

18) Beispiele aus Bergenroth S. 70 ff., der aber die Fälle etwas anders löst. Auch Siegert würde den zweiten Fall anders entscheiden, da er einen Irrtum über das normative Element :Angemessenheit des Mittels usw. für unbeachtlich hält (S. 64 ff.).

Man könne, um dieses ungerechte Ergebnis zu beseitigen, einmal daran denken, den schuldlosen Täter nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haften zu lassen, indem man § 231 analog anwendet. Denn § 231 läßt den Täter trotz Nichtvorliegens des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit und der Möglichkeit dieses Bewußtseins nach den §§ 823 ff. haften. Der im § 231 verkörperte Gedanke ist aber nicht allgemein anzuwenden. Er stellt, insofern er eine Haftung ohne Schuld begründet, eine Ausnahmevorschrift dar. Der Täter, der Selbsthilfe übt, soll nach dem Gesetz auf eigene Gefahr handeln, weil er sich eben dieses für den Gegner und den Rechtverkehr gefährlichen Mittels bedient. Dieser Gedanke hat auch in den §§ 945, 302, 600, 712 II ZPO seinen Ausdruck gefunden, paßt aber nicht auf unseren Fall. Der Täter kann somit nicht nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haften[19]).

Der Täter haftet aber trotz Nichtvorliegens des § 904 nach § 904 S. 2. Denn wenn der Täter bei Vorliegen des § 823 und des § 904 haftet, so kann er nicht deshalb frei werden, weil § 904 objektiv und § 823 (wegen Vorsatzes zu § 904, aber nicht zu § 823) subjektiv nicht vorliegt[20]). Es ist vielmehr der Satz aufzustellen, daß der Täter, der schuldlos die Voraussetzungen des § 904 annimmt und deshalb nicht nach § 823 haftet, nach § 904 S. 2 zum Schadensersatz verpflichtet ist[21]).

2. Abschnitt.

Der übergesetzliche putative Entschuldigungsgrund.

1. Der übergesetzliche putative Entschuldigungsgrund im Strafrecht.

a. Irrtum über den Grad der Zumutbarkeit.

Was dem Täter zuzumuten ist, richtet sich, wie wir oben gesehen haben, objektiv nach den Wertungen der herrschenden

---

19) Biermann § 904, 4 behauptet, Oetker wende hier § 231 analog an. Dies ist aber unrichtig. Oetker gibt zu, daß § 231 Ausdruck eines anderen Gedankens sei, er betont nur die Gleichheit des von ihm aufgestellten Satzes mit § 231. So Oetker (Notwehr und Notstand) S. 66.

20 Es sei an ähnlich liegende Fälle im Strafrecht erinnert: der Täter ist mittelbarer Täter, glaubt aber Anstifter zu sein usw. Die Lösung dieser streitigen Fälle können wir aber hier nicht herannziehen, da im Strafrecht andere Auslegungsregeln etc. gelten.

21) Oetker 66; Hueck in JJ 68/229 ff.; Ennecerus (1928) § 222 II, 4 Anm. 2: a fortiori. Anders Biermann § 904, 4.

Schicht. Auf die Vorstellungen des Täters von der Zumutbarkeit kommt es nicht an. Glaubte also die Hebamme in dem Freudenthal'schen Falle „Der Klapperstorch vor dem Schwurgericht“ [22]), [22a]), ihr Handeln sei ihr nicht vorwerfbar, weil ihr eine andere Motivation nicht zuzumuten gewesen sei, — denn bei anderem Handeln würde sie künftig nicht oder nicht mehr soviel verdienen —, so ist das für ihre Bestrafung gleichgültig. Und zwar ist die Vorstellung des Täters deshalb nicht von Bedeutung, weil es bei dem übergesetzlichen Entschuldigungsgrund auf die seelische Zwangslage ankommt: denn diese ist der Grund der Entschuldigung. Die Stärke der Motivationsspannung ist aber von ihrer Beurteilung durch den Täter unabhängig. Erkennt also der Täter die Sachlage richtig, kommt er aber auf Grund von irrigen Vorstellungen über die im Volke herrschenden Wertungen zu dem rechtlich falschen Schluß, die Handlung sei ihm nicht zuzumuten, so ist der Irrtum unbeachtlich: der Täter ist, je nachdem, wegen vorsätzlich oder fahrlässig schuldhaft begangener Handlung strafbar[23]).

b. Irrtum über die Sachlage.

Es kommt also, wie wir gesehen haben, bei dem Entschuldigungsgrund auf die Motivationsspannung des Täters an. Diese ist nun die gleiche, wenn wirklich vorhandene oder nur angenommene Tatsachen in dem Täter reflektiert werden. Erkennt somit der Täter die Sachlage nicht richtig, nimmt er vielmehr schuldlos irrtümlich einen Sachverhalt an, der, wenn er vorläge, ihn (das subjektive Element vorausgesetzt) entschuldigen würde, nimmt der Täter z. B. schuldlos an, er befinde sich in Gefahr, so fehlt dem Täter die Schuld[24]), und zwar können wir dahingestellt

---

22) Freudenthal S. 18. Dieser hält allerdings die Tat für nicht vorwerfbar. Dies haben wir schon oben abgelehnt. Tatbestand des Falles in Anm. 22 a).

22 a) Freudenthal S. 18: „Die Grube St. J. gab jedem Bergmanne den Tag, an dem ihm ein Kind geboren wurde, unter Vergütung des vollen Schichtlohnes frei. Die Folge davon war, daß die Bergleute keine Sonntagskinder mehr haben wollten. Kehrte der Klapperstorch dennoch Sonntags ein, so wurde die Hebamme angehalten, als Tag der Geburt den folgenden Werktag anzugeben, damit dem Vater der freie Tag nicht entgehe. Sträubte sie sich, so wurde sie bedeutet, daß man sich dann eben allgemein an eine andere, willfähigere Hebamme wenden und sie brotlos machen würde.“

23) So auch Goldschmidt, Notstand S. 39, 40 und Salomon 4 ff., wenn auch mit teilweiser anderer Begründung.

24) Allgemein anerkannt. Die Begründung ist allerdings eine verschiedene. Vgl. RG 60/101 ff. (103).

sein lassen, ob dieser Fall unmittelbar unter den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund oder nur unter einen von diesem getrennt zu haltenden putativen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund fällt: denn das Ergebnis ist das gleiche. Von Bedeutung wird die Frage aber, wenn der Täter einen Sachverhalt annimmt, der, wenn er vorläge, ihn nach den §§ 52, 54 StGB. entschuldigte. Denn, fiele hier der Fall unmittelbar unter die §§ 52, 54 StGB., so würde dem Täter, anders als wenn der Fall nur einen Putativnotstand darstellte, auch dann, wenn ihm im einzelnen Falle eine andere Motivation zuzumuten gewesen wäre, freigesprochen werden. Diese streitige Frage lassen wir aber hier beiseite.

Schwierig zu beantworten ist die letzte Frage: Wie ist der Täter zu bestrafen, wenn er schuldhaft irrtümlich einen Sachverhalt angenommen hat, der, wenn er vorläge (das subjektive Element wieder vorausgesetzt) ihn entschuldigte? Wie wäre z. B. das Dienstmädchen[25]) zu bestrafen, wenn es schuldhafterweise annähme, daß sie, wenn sie nicht gehorchte, entlassen würde?

Hier sind vier Möglichkeiten denkbar:

Der schuldhafte Irrtum wird überhaupt nicht berücksichtigt: der Täter ist also wegen vorsätzlich schuldhafter Handlung strafbar[26]).

Der schuldhafte Irrtum schließt den Vorsatz aus: der Täter ist wegen fahrlässig schuldhafter Handlung strafbar[28]).

Der schuldhafte Irrtum kann die Tat als nicht vorwerfbar erist wegen fahrlässig schuldhafter Handlung strafbar[28]).

Der schuldhafte Irrtum kann die Tat als nicht vorwerfbar erscheinen lassen: der Täter ist nur dann wegen vorsätzlich schuldhafter Handlung strafbar, wenn in Anbetracht des schuldhaften Irrtums seine Motivation pflichtwidrig erschien[29]).

Die erste Ansicht ist unhaltbar.

Sie erscheint einmal konstruktiv bedenklich. Es ist fraglich, ob nicht überhaupt der Zusammenhang zwischen dem äußeren Geschehen und dem sich darauf beziehenden schuldhaften Vorgang fehlt. Zwar bestrafen wir trotz einer solchen Zerreißung z. B. den Weichensteller, wenn er die neuen Vorschriften nicht gelesen hat und deshalb die Weiche nicht stellt, sodaß der Zug

---

25) S. 3. Kapitel, 1. Abschnitt, 1.

26) Salomon 59 ff. (64). Die hier und in den folgenden Anm. angegebene Literatur beschäftigt sich mit dem putativen Notstand des StGB. Hier tauchen aber dieselben Probleme auf.

27) Goldschmidt, Festg. f. Frank I S. 445; Radbruch, Festg. f. Frank I S. 166.

28) Lobe, Leipz. Komm. § 54 9 S. 300 (1929), Siegert S. 62 ff. Hippel II S. 18, IV, 5, der allerdings § 54 für einen Rechtfertigungsgrund hält.

29 Liszt-Schmidt 25 § 42 VI S. 271 ff. Vgl. Siegert Grdz. 54.

entgleist. Aber wir bestrafen ihn nur wegen Fahrlässigkeit[30]). Abgesehen davon ist diese Ansicht aber auch unbillig. Wir können einen Menschen, dem wir nichts anderes vorzuwerfen haben, als daß er, vielfach nur leicht fahrlässig, angenommen hat, er befinde sich in einem Zustande der Gefahr, nicht z. B. wegen Mordes bestrafen, — dagegen sträubt sich unser Rechtsgefühl.

Auch der zweiten Ansicht, nach der der in schuldhaftem Irrtum Handelnde stets straffrei ist, können wir uns nicht anschließen. Denn ist die Motivationsspannung, isoliert betrachtet, auch dieselbe, ob der Täter die Tatsachen schuldlos oder schuldhaft annimmt oder sie wirklich vorliegen, so machen wir dem Täter doch häufig gerade daraus einen Vorwurf, daß er die Tatsachen annahm, daß er vielleicht ganz leichtsinnig glaubte, er befinde sich in Gefahr. Hier den Täter stets freizusprechen, erscheint uns unbillig.

Die dritte Ansicht, daß der Täter nicht wegen vorsätzlicher, wohl aber wegen fahrlässiger schuldhafter Handlung bestraft werden könne, erscheint nicht unbillig und ist deshalb wohl auch in der Literatur und Rechtsprechuing häufig vertreten.

Sie ist aber konstruktiv nicht haltbar. Die Analogie zu dem putativen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund will nichts bedeuten. Denn die beiden übergesetzlichen Notstände sind in ihrem Wesen verschieden. Wie wir schon oben gesehen haben, war der Irrtum über rechtliche Wertungen beim übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund erheblich, beim übergesetzlichen Entschuldigungsgrund unerheblich.

Auch die entsprechende Anwendung von 59 StGB.[31]) versagt, da dieser Paragraph nur etwas über das Fehlen von psychologischen Beziehungen des Täters zur Tat aussagt. Vielmehr geht gerade aus § 59 die Unmöglichkeit dieser Ansicht hervor. § 59 bestimmt, daß der, der die zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände nicht kennt, nicht wegen Vorsatzes, wohl aber wegen Fahrlässigkeit bestraft werden kann, und zwar bestimmt er dies deshalb, weil ein solcher Täter nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hat. Er regelt also einen Irrtum des Täters über die Tat, — diese hält der Täter eben nicht für rechts-

---

30) Und auch der zur Begründung der von uns abgelehnten Ansicht vorgebrachte Einwand, daß nämlich auch der wegen vorsätzlicher Tat bestraft würde, „der sich in unentschuldbarer Weise in einen Zustand versetzt, in dem das betreffende Delikt straflos begangen werden darf" (Salomon S. 62) und in diesem die Handlung ausführt, auch dieser Einwand geht fehl. Denn der Täter wird nur dann wegen vorsätzlicher Tat bestraft, wenn er sich in diesen Zustand versetzt hat, um in ihm die Tat auszuführen. Hiervon kann aber in unserem Falle keine Rede sein.

31) Lobe LeipzKomm. § 54 9.

widrig. Fahrlässig handelt also der Täter, der sich über das Verbotensein der Tat, über die „So-Beschaffenheit der Tat"[32]) irrt.

In unserem Falle kennt aber der Täter die So-Beschaffenheit der Tat, er irrt lediglich über die tatsächlichen Voraussetzungen, deren Vorliegen ihm möglicherweise einen Vorwurf ersparen: er irrt m. a. W. nicht über einen zur Beurteilung der Tat, sondern über einen zur Beurteilung des Täters erheblichen Umstand. Somit können wir § 59 StGB. nicht auf unseren Fall anwenden. Der Täter handelt vielmehr, da er sich über einen zur Beurteilung der Tat erheblichen Umstand nicht irrt, vorsätzlich: er will den Erfolg, kennt die Tatumstände und hat das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit[33])[34]).

Somit bleibt die vierte Ansicht übrig, die die Beurteilung auf den einzelnen Fall abstellt. Diese Ansicht erscheint uns als richtig. War dem Täter trotz seiner mangelnden Aufmerksamkeit bei der Annahme der tatsächlichen Umstände eine andere Motivation nicht zuzumuten, so ist er straffrei, andernfalls ist er wegen vorsätzlicher Begehung strafbar.

---

32) Hegler Z. 36/184 ff. (196, 202, 208).

33) Ueber Ausnahmefälle s. unten 4. Kapitel, 3. Abschnitt, 2.

34) Hierfür spricht auch die Erwägung, daß, wenn das wirkliche Vorliegen des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes den Vorsatz nicht ausschließt, dies auch nicht die irrige Annahme seines Vorliegens tun kann.

Hier den Täter analog der Fahrlässigkeit zu bestrafen, wie Hegler Z. 36/216 Anm. 113 vorschlägt, ist sehr bedenklich, wenn man, wie er, der Ansicht ist, daß an und für sich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorliegt. Allerdings ist es bei Heglers Ausführungen nicht ganz klar, ob der Vorsatz zwar bestehen bleibt und nur aus Billigkeitsrücksichten analog der Fahrlässigkeit bestraft wird, oder ob ein solcher Irrtum wirklich den Vorsatz ausschließt. Ueber Hegler vgl. Salomon S. 9 ff.

Eine ähnliche wie die (vielleicht) von Hegler angedeutete Ansicht vertritt auch das RG 64/30 ff. Dort heißt es, daß dem irrig die Voraussetzungen des § 54 StGB annehmenden Täter sein vorsätzliches Tun nicht als solches zur Last zu legen sei (das RG nimmt also an, der Täter handle vorsätzlich), daß sein Irrtum aber nur u. U. eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung ausschlösse. Hiermit könnte das RG nur meinen, daß der vorsätzlich handelnde Täter so bestraft wird, als ob er fahrlässig gehandelt hätte. — Ausgesprochen hat das RG dies aber nicht.

Diese Ansichten (Hegler: Bestrafung wegen Vorsatzes, aber im Rahmen der Fahrlässigkeit — RG 64/30 ff.: Bestrafung wegen (als ob) Fahrlässigkeit trotz Vorsatzes) sind aber nicht billigenswert. Denn sie verstoßen gegen das Gesetz: wir können einen Täter wegen Vorsatzes oder Fahrlässigkeit bestrafen, aber nicht wegen Vorsatzes im Rahmen der Fahrlässigkeit oder wegen Fahrlässigkenit trotz Vorliegens des Vorsatzes.

In späteren Entscheidungen (RG 66/222 ff, 228) kommt das RG auf die hier angedeutete Begründung auch nicht mehr zurück. Es nimmt jetzt bei Vermeidbarkeit des Irrtums Fahrlässigkeit an. Es läßt die wissenschaftliche Streitfrage, ob hier etwa § 59 StGB anzuwenden sei oder nicht, ausdrücklich dahingestellt.

Nach dieser Ansicht gibt es kein Problem des putativen übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes. Dem irrenden Täter kommt entweder der übergesetzliche Notstand als solcher zugute oder nicht, — ein Drittes gibt es nicht.

2. Der übergesetzliche putative Entschuldigungsgrund im bürgerlichen Recht.

Da also hiernach eine besondere Regelung des putativen Notstandes entfällt, können wir deren etwaige Wirkungen nicht im bürgerlichen Recht prüfen, auch dort kommt dem Täter der echte übergesetzliche Entschuldigungsgrund nach der allgemeinen Schuldlehre zugute oder nicht.

Abschnitt 3.

Ausnahmen.

1. Ausnahmen beim putativen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund.

Wir haben festgestellt, daß dem Täter, der Tatsachen annimmt, die, wenn sie vorlägen, die Rechtswidrigkeit seiner Tat beseitigten, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt. Dies ist jedoch nicht ausnahmslos richtig. Es ist denkbar, daß der Täter trotzdem das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hat, vielleicht deshalb, weil er den Rechtfertigungsgrund überhaupt nicht kennt, auch nicht etwa in der Parallelwertung der Laiensphäre. Dann hat der Täter — wir sehen hier von der als irrig erkannten Theorie der negativen Tatumstände ab — vorsätzlich[35]) gehandelt.

Denn der Täter hat das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehabt. Zwar war die Tat aus einem anderen Grunde rechtswidrig, als der Täter annahm: der eine nach seiner irrigen Ansicht medizinisch indizierte Schwangerschaft unterbrechende Arzt hält seine Tat für rechtswidrig, weil er glaubt, die medizinische Unterbrechung sei rechtswidrig. Die Tat ist aber rechtswidrig, weil eine medizinsche Indikation nicht vorlag.

Man könnte annehmen, dieser Irrtum dürfe dem Arzt nicht schaden. Denn wenn der Arzt eine in der Tat medizinisch angezeigte Schwangerschaft unterbricht, in dem Glauben, eine solche verstoße gegen die Rechtsordnung, so werde er auch nicht bestraft (ob hier subjektive Versuchstheorien anders entscheiden würden, lassen wir dahingestellt, da wir diese für unrichtig halten.). Diese Annahme wäre aber nur richtig, wenn wir den

35) Anders allerdings die meisten, ohne auf das Problem einzugehen. Wie hier Siegert 72 ff (m. Literatur) und wohl auch Beling (Grundzüge 1930) § 24 III 1 b.

Rechtssatz aufstellen könnten: der Glaube eines Täters, eine Handlung sei rechtswidrig, schadet dem Täter nichts, wenn diese Handlung, so wie der Täter sie sich vorstellt, nicht rechtswidrig ist. Dieser Satz ist aber kein Rechtssatz. Er trifft zwar fast immer zu: der Handlung des Täters fehlt gewöhnlich die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit. In unserm Falle trifft er aber nicht zu, da die Handlung hier aus einem anderen Grunde rechtswidrig war. Hier schadet dem Täter also der Glaube, eine Handlung (die medizinisch indizierte Schwangerschaftsunterbrechung) sei rechtswidrig, obwohl sie es in Wirklichkeit nicht ist.

Hier können dem Täter häufig die Notstände des StGB. oder der übergesetzliche Notstand als Entschuldigungsgrund zugute kommen. Die Mutter z. B., die ihre Leibesfrucht in der irrigen Annahme abtreibt, ohne ihre Handlung würde sie sterben, die aber glaubt, trotzdem sei ihre Handlung rechtswidrig, hat vorsätzlich, aber nicht vorsätzlich schuldhaft gehandelt, da § 54 StGB. ihre seelische Zwangslage berücksichtigt.

Der Arzt jedoch, der eine seiner irrigen Ansicht nach medizinisch angezeigte Schwangerschaft unterbricht, in dem Glauben, dieser Eingriff sei rechtswidrig, hat vorsätzlich schuldhaft gehandelt. Denn § 54 liegt nur vor, wenn die Frau seine Angehörige ist, und der übergesetzliche Notstand kommt ihm nicht zugute, weil das Gesetz eine allgemeine Nothilfe nicht zugelassen hat[36]).

2. Ausnahmen bei einem putativen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund.

Wir hatten festgestellt, daß der im vermeintlichen oder wirklichen Notstand befindliche Täter vorsätzlich, aber nicht schuldhaft handelt. Auch dies ist nur der Regelfall. Es kann möglich sein, daß der Notstandstäter gar nicht das Bewußtsein hat, sein

---

36) Vgl. oben 2. Kapitel, 1. Abschnitt, 5.
Einen anderen Fall bringt (im Anschluß an Rosenfeld) Siegert (Notstand) S. 72 Anm. 6, auf den wir überhaupt verweisen. Daß Siegert 72 hier aber E. M. Mayer, Graf zu Dohna und von Liszt heranzieht, ist allerdings mißverständlich und verfehlt. Der Streit geht nur die Anhänger des Bewußtseins der Widerrechtlichkeit an, und diese Schriftsteller verlangen ein solches nicht. Daß sie einen Täter, der irrig Tatsachen annimmt, die, wenn sie vorlägen, die Rechtswidrigkeit beseitigten, u. U. oder stets wegen Vorsatzes bestrafen, folgt aus der von ihnen vertretenen Schuldlehre, sagt aber nichts darüber, ob man bei Anerkennung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit einen solchen Täter wegen vorsätzlichen Tuns bestrafen kann oder nicht.

Tun sei rechtswidrig. Hier hat also der Täter nicht einmal vorsätzlich gehandelt. Hätte der Täter aber das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit haben müssen, so hat er fahrlässig gehandelt, aber nicht fahrlässig schuldhaft. Denn die Fahrlässigkeit wird durch die §§ 52, 54 oder den übergesetzlichen Entschuldigungsgrund ausgeschlossen. Denn wenn dem Täter eine andere Motivation nicht zuzumuten ist, obwohl er weiß, daß die Rechtsordnung seine Handlung für rechtswidrig hält, so ist seine Motivation erst recht nicht pflichtwidrig, wenn er das Bewußtsein nicht hat, aber hätte haben sollen und können.

Bei diesen Ausnahmefällen mischen sich die Gedanken der beiden putativen Notstände: Trotz (irriger rechtlicher Vorstellungen oder) Annahme von Tatsachen, die bei ihrem Vorliegen die Rechtswidrigkeit ausschlössen, handelt der Täter vorsätzlich, aber nicht schuldhaft, und trotz Annahme von Tatsachen, die bei ihrem Vorliegen nur die Schuld ausschlössen (oder dem wirklichen Vorliegen dieser Tatsachen) handelt der Täter nicht vorsätzlich.

Wir haben die putativen Notstände aber trotzdem getrennt erörtert, da es sich hier um Ausnahmefälle handelt.

Lebenslauf.

Ich bin am 10. Februar 1912 als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Hugo Reinicke und seiner Ehefrau Liddie geb. Geck in Dortmund geboren. Ich besuchte von Ostern 1918 bis Ostern 1921 die Kleinesche Vorschule und von Ostern 1921 bis Ostern 1930 das Städtische Gymnasium zu Dortmund. Am 7. März 1930 bestand ich dort die Reifeprüfung mit Gut. Ich studierte dann Rechtswissenschaft in Lausanne (erstes Semester), München (zweites und drittes Semester) und Münster (viertes bis siebentes Semester). Am 8. Januar 1934 bestand ich in Hamm die erste juristische Staatsprüfung mit gut. Am 13. Dezember 1934 bestand ich in Münster die Doktorprüfung magna cum laude. Am 8. Februar 1934 bin ich zum Gerichtsreferendar ernannt. Zur Zeit bin ich am Landgericht in Dortmund beschäftigt.